BIBLIOTHECA
ELECTORALIS
MONACENSIS
Ch. Wink. del.
Söckler sc. 1779.

<366015249900104

<366015249900104

Bayer. Staatsbibliothek

Ms 2396 d

Devis

56

Merkwürdige

Rechtssprüche

der

Hallischen Juristen-Facultät.

Herausgegeben

von

D. Ernst Ferdinand Klein,

Königl. Preußischem geheimen Justiz- und Cammergerichts-Rath, Director der Universität und Vorsteher der Juristen-Facultät zu Halle, Mitglied der Academie der Wissenschaften zu Berlin.

Dritter Band.

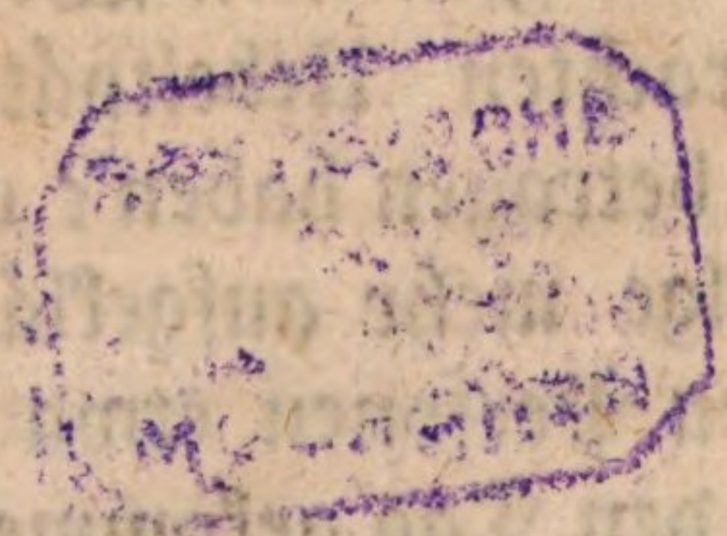
Berlin und Stettin,
bey Friedrich Nicolai.
1798.

Zweytens bitte ich wegen der in der Vorrede zum zweyten Bande versprochenen, jetzt aber noch nicht gelieferten Abhandlung um Nachsicht. Wer die Menge der Geschäffte kennt, welche ich zu besorgen habe, wird mir diese Nachsicht gern zugestehen.

Drittens führe ich noch an, daß ich auch ferner noch die Criminalfälle in diese Sammlung aufnehmen werde, weil in dem Archiv des Criminalrechts, welches ich gemeinschaftlich mit dem Herrn Hofrath Kleinschrod herausgebe, nur ganz kurze Erzählungen solcher Fälle vorkommen können.

Halle, den 4ten April
1798.

Ernst Ferdinand Klein.



Inhalt.

BAYERISCHE
STAATS
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

Inhalt.

I. Harte außerordentliche Strafe mit jährlich wiederholter Züchtigung an Johann Michael Kießling, wegen Tödtung der schwangern Rosine Lieboldin. (vom Herausgeber.) S. 3

II. Beynahe ähnliche Strafe und Sicherheitsmittel gegen den Mörder seiner Großmutter, Johann Petersen, nebst Betrachtung über die Zurechnung der in der Hitze der Leidenschaft begangenen Verbrechen. (vom Herausgeber.) — 31

III. 1) Ob in Deutschland derjenige, welcher mit seiner Schäferey die Felder der Eingesessenen eines Dorfes zu beweiden berechtiget ist, auch unter seine eigene Schaafe fremdes und Kostvieh nehmen, und solches auf der Dorffeldflur weiden dürfe?

2) Ob die eigenthümlichen Schaafe eines Setzschäfers für fremde und Kostschaafe zu halten?

3) Ob in der Regel und bey Ermangelung besonderer Landesgesetze in Deutschland der Bauer Schaafe halten, und sie auf der Feldflur des Dorfes weiden dürfe?

4) In wie fern in Deutschland eine Dorfgemeinde, in deren Flur einem Schäfereyherrn bereits die Weidegerechtigkeit zusteht, das Schaafhalten hergebracht haben müsse, um ihre Schaafe auf ihrer Feldflur weiden zu lassen? (vom Hrn. Prof. Woltär.) — 55

IV. Bey Gelegenheit des Herzogl. Braunschweig-Wolfenbüttelischen Edicts vom 20 Jun. 1747, betreffend das Näherrecht der Gemeinen gegen einzelne den Zehend pachtende Mitglieder derselben wird der Rechtsgelehrte gewarnet, nicht durch ausdehnende Erklärungen des Gesetzes wegen seines sich weiter erstreckenden Grundes in das Amt des Gesetzgebers einzugreifen. (vom Herausgeber.) S. 89

V. 1) Landesherrliche Bestimmungen, nach welchen Gesetzen gesprochen werden solle, können in Erbschaftsangelegenheiten auf die schon vorher errichteten Testamente und vorgefallenen Todesfälle nicht angewendet werden.

2) In wie fern die Verjährung gegen Gesetze stattfinde.

3) L. 2. und 3. C. de annali exceptione widersprechen sich nicht. (vom Herausgeber.) — 94

VI. 1) Wenn auch der eine Theil die Aussetzung des Erkenntnisses in der Hauptsache verlangt, so kann dennoch der Richter in der Hauptsache erkennen, wenn sie hinlänglich dazu erörtert ist.

2) Nicht allemal ist die Criminalsache vor der Civilsache zu entscheiden.

3) Der Richter kann wider den Willen der Parteyen seine Entscheidungsgründe zu Actenstücken machen, und jene auf deren Entfernung von den Acten nicht bestehen.

4) Ein Beyspiel eines Zahlungsauftrages, der einer stillschweigenden Delegation sehr ähnlich ist, und nur selten vorkommen dürfte.

5) Der deferirte Haupteid, welchen der Product nach der vom Richter der Lage der Sache gemäß normirten Formel geschworen hat, verlieret von seiner Kraft dadurch nichts, daß der Producent zum Schwörungstermin nicht vorgeladen worden, der Ableistung des Eides nicht beygewohnet hat, oder der Producent den Producten wegen eines ihm schon vor der

Eideszuschiebung bekanntgewesenen attentati falsi erst nach der Eidesleistung gerichtlich denunciirt hat. (vom Hrn. Prof. Woltär.) S. 99

VII. 1) Ueber die Natur der Bestechungen, und in wie fern die römischen Gesetze, welche sich auf diesen Gegenstand beziehen, auf unsere Zeiten und Länder anwendbar sind.

2) Besonders über die Anwendbarkeit L. 4. §. 2. D. de off. Proconf.

3) Die Eröffnung einer nähern Untersuchung der pflichtwidrigen Handlungen eines Staatsbeamten zieht nicht nothwendig die Suspension nach sich. (vom Herausgeber.) — 145

VIII. Die zum Besten der Kinder nicht gereichende Pupillar-Substitution wird durch die Gültigkeit der väterlichen Verordnung unter den Kindern nicht aufrecht erhalten. (vom Herausgeber.) — 160

IX. Merkwürdige Folgen einer Behandlung der Gläubiger. (vom Herausgeber.) — 168

X. Aus dem Pachtvertrage allein findet in Ansehung der dadurch übernommenen Verbindlichkeit keine Executivklage Statt. (vom Herausgeber.) — 176

XI. Wenn die Contrahenten die Errichtung eines schriftlichen Contracts verabredet haben, so ist im zweifelhaften Falle anzunehmen, daß der Vertrag erst durch die Vollziehung des schriftlichen Aufsatzes seine Vollendung erhalten solle. (vom Herausgeber.) — 179

XII. Das Interdictum uti possidetis kann auch von dem Domino realis servitutis gegen den störenden Dominum praedii servientis gebraucht werden; selbst dann, wenn diese Störungen wahre Attentate seyn sollten. (vom Hrn. Prof. Woltär.) — 187

XIII. Ob das Näherrecht in allen Fällen des Wiederkaufes anwendbar sey, und in welchen? (vom Herausgeber.) — 193

XIV. Redendes Beyspiel der Schädlichkeit, daß der Civilrichter von Amtswegen die zur Fortsetzung eines bey ihm anhängigen Rechtsstreits nöthigen Verfügungen treffen darf. (vom Hrn. Prof. Woltär.) S. 200

XV. Ueber die rechtliche Folge der Empfehlungen, besonders unter Kaufleuten. (vom Herausgeber.) — 222

XVI. 1) Das Abzugs- und Abschoßrecht entstand vermuthlich aus dem Rechte des Grundeigenthums und der Leibeigenschaft, und wurde weiter ausgedehnt, als sich der Begriff der Patrimonial-Gerichtsbarkeit aus dem Rechte der Herrschaft zu entwickeln anfing.

2) Gewiß ist es, daß Gerichtsbarkeit und Abschoßrecht in keiner nothwendigen Verbindung stehen, wenn es auch itzt nicht mehr als ein bloßer Ausfluß des Grundeigenthums oder der herrschaftlichen Rechte betrachtet werden kann.

3) Betrachtet man es als einen bloßen Ausfluß des Besteurungsrechts, so gewährt es ebenfalls keine rechtliche Bestimmung seines Umfangs.

4) Sein Umfang wird hauptsächlich durch Privilegien und rechtliche Gewohnheit bestimmt.

5) Wo diese nicht auszumitteln ist, muß man auf den Begriff dieses Rechts selbst zurückgehen.

6) Das Abzugsrecht im weitern Sinne besteht in der Befugniß, von der außer Landes gehenden Vermögens-Substanz einen gewissen Antheil zurückzubehalten.

7) Das Abzugsrecht trifft immer einen Fremden, d. i. den, welcher entweder schon itzt seinen Wohnsitz außer Landes hat (gabella haereditatis), oder den, welcher seinen Wohnsitz dorthin verlegen will (gabella emigrationis).

8) Ver-

8) Vermehrung der Wohnsitze ist keine Veränderung des Wohnsitzes.

9) Es kann aber auch die bloße Beybehaltung des fori rei sitae in der Regel nicht der Beybehaltung eines Wohnsitzes gleichgeachtet werden.

10) Die bloße Beybehaltung eines Grundstücks, worauf kein Wohnsitz ist, kann daher nicht als Beybehaltung des Wohnsitzes und als Grund zur Ausnahme vom Abzugsrechte betrachtet werden.

11) Auch die bloße Beybehaltung eines Gutes, worauf sich ein Wohnsitz befindet, kann diese rechtliche Folge nicht haben, sobald die Absicht, von diesem Wohnsitze keinen Gebrauch zu machen, erhellt.

12) Der Adel allein begründet die Ausnahme vom landesherrlichen Abschoßrechte nicht.

13) Es ist auch nicht richtig, daß die gabella haereditatis mehr unter die odiosa gehöre, als die gabella emigrationis.

14) Nur die Substanz des Vermögens, welches außer Landes gebracht wird, ist dem Abschoß- oder Abzugsrechte unterworfen.

15) Nicht die Einkünfte und Rechte der im Lande bleibenden Vermögens-Substanz.

16) Auch die Verpflegungsgelder nicht.

17) Wohl aber die Mobilien, welche außer Landes gehen.

18) Diejenige Erbschaftssubstanz, welche unter einheimischer Verwaltung im Lande bleibt, ist, so lange dies geschieht, von der gabella haereditatis frey.

19) Das im Lande befindliche, obschon außer Landes erworbene Vermögen, ist dem Abschosse unterworfen. (vom Herausgeber.) S. 243

XVII. 1) Daß ein durch Suggestionen bewirktes Bekenntniß, selbst im Falle des Widerrufs,

nicht

nicht immer als völlig nichtig könne verworfen werden.

2) Daß ein solches widerrufenes Bekenntniß wenigstens noch als ein Indicium gegen den Verbrecher betrachtet werden müsse.

3) In wie fern der Inquirent die Befugniß habe, den Inculpaten während des Laufs der Untersuchung für gerichtliche Unwahrheiten zu bestrafen, oder ihn durch Drohungen oder andere Zwangsmittel zum Bekenntniß zu bewegen.

4) Daß die Landesverweisung eine sehr ungleiche, meistentheils zwecklose und das nachbarliche Verhältniß verletzende Strafe sey, und daher nur da, wo es die Gesetze oder besondere Umstände erfordern, erkannt werden dürfe. (vom Herausgeber.) S. 272

XVIII. Das Schiff: Anne Elisabeth, welches von Udewalla nach Port-Mahon bestimmt war, wird in Lübeck nebst Ladung und Frachtgeldern versichert, muß wegen Seebeschädigung in den Haven zu Dover einlaufen, wird dort ausgebessert, verbodmet, und reassecuriret, wird aber gleich nach dem Auslaufen aus dem Haven zu Dover von neuem so beschädigt, daß es nach der Rückkehr in diesen Haven als Wrack verkauft werden muß. (vom Herausgeber.) — 296

XIX. Ermordung des Ballstedtschen Gerichtsschöppen Kahlhardt. (vom Herausgeber.) — 326

XX. Ueber das richtige Kennzeichen einer Schenkung von Todes wegen. (vom Hrn. Prof. Woltär.) — 379

Rechts-

Rechtssprüche
der
Hallischen Juristen-Facultät.

I.

Harte außerordentliche Strafe mit jährlich wiederholter Züchtigung an Johann Michael Kießling, wegen Tödtung der schwangern Rosine Lieboldin.

An die Adel. v. Uffelische Gerichte zu Trünzig.

Als der Herr uns die wider den Johann Michael Kießling aus Seeligenstädt, wegen an Rosinen Lieboldin von Kleinreinsdorf verübten Mordes, in drey Bänden verhandelten Untersuchungs-Acten, auf das von ihm ergriffene Rechtsmittel der weitern Vertheidigung, zugesendet ꝛc.

Daß Inquisit in der weitern Vertheidigung so viel ausgeführt, daß er mit der in dem am 21sten Februar 1797 publicirten Urtheile erkannten Todesstrafe zu verschonen; derselbe aber zur lebenswierigen Zuchthausstrafe zu verurtheilen, und nicht nur vor seiner Abführung in das Zuchthaus, sondern auch nachher jährlich an dem Tage und an dem Orte des begangenen Verbrechens öffentlich und hart, jedoch dergestalt von der Hand des Gerichtsdieners zu züchtigen, daß seine Gesundheit dabey keine Gefahr

leide. Wenn er aber diese Züchtigung, außer der bey der Abführung ausgestandenen, sechs Jahre hinter einander erlitten hat; so ist er mit der weitern Vollstreckung dieser jährlichen Züchtigung zu verschonen, jedoch bis an sein Lebensende im Zuchthause wohl zu verwahren, und zu harter, seinen Leibeskräften angemessenen, Arbeit anzuhalten. Die Blatt 15. der Acten L. Num. 4. verzeichneten Gerichtskosten werden an Expensen auf 6 Rthl. 13 Gr., und an Verlag auf 4 Rthl. 3 Gr.; diejenigen, welche Blatt 253. und 257. der Acten K. Num. 38. verzeichnet sind, zusammen auf 42 Rthl. 3 Gr. Expensen, und 27 Rthl. 14 Gr. 9 Pf. Verlag; und die, welche Blatt 58^{b}. der Acten K. Num. 39. angesetzt sind, auf 8 Rthl. 6 Gr. Expensen und 35 Rthl. 4 Gr. 6 Pf. Auslage festgesetzt. Des Defensoris Gebühren Blatt 244. der Acten K. Num. 38. werden auf 17 Rthl. 7 Gr. 6 Pf., und die Blatt 59. der Acten K. Num. 39. verzeichneten auf 9 Rthl. 1 Gr. ermäßiget. Sämmtliche Kosten müssen von dem Inquisiten, und wenn dieser so viel im Vermögen nicht hat, von dem Gerichtsherrn getragen werden; es wäre denn, daß die Gerichtseingesessenen ganz oder zum Theil zu deren Uebertragung verbunden wären. V. R. W.

Entscheidungs-Gründe.

Am 5ten Julius 1796. meldete der Pächter des Ritterguts Trünzig dem dasigen Gerichtsverwalter, daß in demjenigen Bache, welcher nicht weit von dem nach Sorge führenden Fußsteige entfernt ist, eine todte Weibesperson gefunden worden. Hierauf wurde von Seiten des vorgedachten Gerichtsverwalters verordnet:

daß,

daß, in ſo fern es noch nicht geſchehen, ſogleich hinlängliche Wache zu dem todten Körper geſtellet werden möchte, damit an ſolchem nichts vorgenommen werde: ſollten aber noch die mindeſten Merkzeichen, daß dieſe Perſon nicht ganz todt oder noch zu retten wäre, vorhanden ſeyn, ſo müßte ſie ſofort aus dem Waſſer genommen, und an ſolcher alles zur Rettung verſucht werden.

Die Aufhebung des Leichnams wurde auf den Nachmittag beſtellt, und dazu außer den Dorfgerichten der Chirurgus Conradi vorgeladen.

Man fand den Leichnam in dem vorher beſchriebenen Bache an einem Orte, wo er dicht mit hohem Gebüſche umgeben iſt, auf der rechten Seite, das Geſicht gegen Morgen zu gekehrt, liegen, und war dieſes, ſo wie der andere Körper, nicht ganz mit Waſſer beflossen, der linke Arm etwas eingebogen, der rechte hingegen mehr ausgeſtreckt. Sechs Schritte von dem Orte, wo man den Leichnam ſelbſt im Waſſer gefunden hatte, bemerkte man eine Stelle, welche von geronnenem Blute ſchwarz geworden war, und der Schneider Stökert verſicherte, daß er das, was ihm als Blut in die Augen gefallen ſey, vorher angegriffen, und ſich dadurch überzeugt hätte, daß es wirklich Blut wäre.

Da die an dem Leichnam bemerkten Wunden die Leichenöffnung nothwendig machten, ſo wurde dieſe auf den künftigen Tag angeordnet, inzwiſchen aber der Körper an dem Orte, wo er gelegen hatte, und wo er der Sonne ausgeſetzt war, auf die andere Seite des Baches in die Büſche gebracht, gegen das Ungeziefer mit einem Tuche über den Kopf und das Geſicht geſchützt, dicht mit belaubten Rei-

sern bedeckt, und dessen ordentliche Bewachung veranstaltet, dem Gerichtsfrohn aber die Visitation der Wache anbefohlen.

Bey der am folgenden Tage vorgenommenen Leichenöffnung bemerkte man folgende Umstände:

1) äußerlich am ganzen Körper, den Kopf ausgeschlossen, wurde keine Quetschung, sondern nur die gewöhnlichen rothen Todtenflecke gefunden; dagegen
2) war von der Seite des linken Schlafes bis zur Wurzel der Nase eine 4 Zoll lange Wunde, welche bis auf das Cranium durchdrang;
3) waren die Augenlieder blau angelaufen;
4) befand sich über dem linken Backenbein ebenfalls eine Stichwunde von einem halben Zolle; so wie
5) von dem obern linken Augenliede bis zur Nasenwurzel eine transverselle Wunde von der Länge eines Zolles, nicht minder
6) eine Zoll lange Wunde, welche die Unterlippe gespalten, und
7) unter diesen noch zwey Fleischwunden auf dem Kinn, jede einen Zoll lang; dann
8) in der Lippe ein in die Queere gehender Stich ebenfalls einen Zoll lang; weiter
9) am rechten Nasenloche durch den Knorpel eine Wunde von einem halben Zoll.

Hierauf wurde zur Section selbst geschritten, und nach Wegnahme der gemeinen Hauptdecken fanden sich

10) verschiedene sugillirte Flecke am Kopfe, sowohl rechter als linker Hand, desgleichen über dem Stirnbein;
11) die Gefäße des Gehirns, nach abgenommenem Cranio, strotzend vom Blute;

12) daß

12) daß die Wunde Nr. 5. bis in die orbitam des linken Auges zwar gedrungen, doch aber solche nicht durchbohret.

Ferner, und nachdem die Brust geöffnet worden, fand sichs,

13) daß der ventriculus cordis sinister und auricula sinistra ganz leer vom Blut, hingegen ventriculus cordis dexter et auricula dextra voll Bluts, die Lungen aber von Luft aufgeblasen waren, so wie auch viel schleimigtes Wesen in selbigem zu bemerken gewesen, welches auch durch die Nase abfloß.

In der Brusthöhle und dem Unterleibe war nichts Widernatürliches zu bemerken; aber im uterus fand sich eine 8monatliche Leibesfrucht männlichen Geschlechts.

Das Gutachten der Aerzte selbst fiel dahin aus:

daß die Entleibte nicht an den erhaltenen Gesichtswunden und Kopfschlägen gestorben sey; da erstere blos die fleischigten Theile betroffen und leicht hätten geheilet werden können, und letztere keine Merkmale, als gedachte geringe Contusionen Nr. 10. blos äußerlich über der Stirne entdecken ließen; vielmehr lasse sich sowohl hieraus, als auch besonders aus den unter Num. 11. und 13. bemerkten Umständen höchstwahrscheinlich schließen, daß Denata betäubt von Schlägen, oder ohnmächtig von verlohrnem Blut aus beygebrachten Gesichtswunden, ihr schwaches übriges Leben in dem kleinen vorbeyfließenden Bach, worin sie gefunden worden, erstickend verlohren habe.

Schon bey der ersten Aufhebung der Leiche wurde sie von der Mutter und Schwester der Verstorbenen

für die 21jährige Rosine Lieboldin anerkannt, welche den auf der Pfarre dienenden Knecht Johann Michael Kießling von Seeligenstädt als ihren Schwängerer angegeben, und Sonntags den 3ten Julius 1796. sich auf die Pfarre begeben hatte, um ihren angeblichen Schwängerer zu sprechen. Weil nun die Lieboldin seit dieser Zeit nicht wieder zum Vorschein kam, bis sie endlich am zweyten Tage darauf, nemlich den 5ten desselben Monats, gefunden worden, und weil an dem darauf folgenden Tage, nemlich den 6ten July, der vorgedachte Dienstknecht von der Feldarbeit Mittags sich nicht wieder zu Hause antreffen ließ, auch an ihm eine Verletzung am mittelsten Finger bemerket wurde: so ward er, als der That verdächtig, mit Steckbriefen verfolgt, und in Fraureuth, wo er sich von den kaiserlichen Werbern anwerben lassen, aufgegriffen und in Verhaft genomwen.

Inculpat wurde hierauf an die Adel. Uffelischen Gerichte zu Trünzig ausgeliefert, und gestand sowohl bey der ersten Verhaftnehmung, als in der Folge bey dem darum ansuchenden Gericht, daß er die an dem Leichnam bemerkten Verletzungen demselben zugefügt habe, und seine erste Aussage weicht von der letzten nur darin ab, daß er in jener sich eines Messers dazu bedient zu haben eingesteht, da er in dieser das erste Geständniß in gedachter Rücksicht widerruft.

Zuletzt ist er sich sowohl bey der General-, als bey der Special-Inquisition in folgenden Aussagen treu geblieben.

Er befindet sich im 22sten Jahre seines Alters, ist zur Schule gehalten, und in der christlichen Religion, besonders aber darin unterrichtet worden, daß der Todtschlag ein großes Verbrechen sey; er

hat

hat bisher zur Zufriedenheit seiner Brodtherrschaft auf dem Lande als Knecht gedient, und ist, als er bey dem Johann George Oehler zu Sorge in Diensten stand, mit der Lieboldin in Bekanntschaft gerathen. Auf die Frage:

ob Inquisit die Lieboldin zu solcher Zeit besuchet habe?

antwortet er:

allein bin ich nicht vorne gewesen; es sind immer Stänkerer mit drinnen gewesen; ein paarmal bin ich bey ihr gewesen.

Auf Befragen:

was er mit dem Ausdruck Stänkerer meyne?

antwortet er:

es liefen noch mehrere mit hin.

Als er ferner gefragt wurde:

ob Inquisit sich zu solcher Zeit mit dieser Lieboldin fleischlich eingelassen, und sich mit ihr fleischlich vermischt habe?

erwiedert er:

ich bin ein einzigesmal auf die Art bey ihr gewesen, da konnte sie mir aber nichts anhaben, denn die Zeit hätte nicht eingetroffen.

Ad artic. 66. bis 68. sagt er, dies sey den Montag nach den Weihnachts-Feyertagen, und seit dieser Zeit nicht wieder geschehen.

Als die Schwangerschaft der Lieboldin kund wurde, und zugleich das Gerücht herumging, daß Inquisit der Schwängerer sey, bezeigte dessen Vater seinen Unwillen darüber, mit den Worten:

du magst sie nehmen oder nicht; herein zu mir darfst du nicht mit ihr; du magst hinaus zum Hans George (so heißt des Inquisiten Bruder) ziehen.

Inquisit aber leugnete, daß er der Schwängerer sey.

So blieb die Sache, bis die Lieboldin den Tag nach dem Marien-Heimsuchungsfeste, den 3ten July 1796, des Morgens gegen 5 Uhr den Inquisiten vor das Thor des Pfarrhofes, wo er diente, rufen ließ. Das Gespräch eröffnete sich durch die Fragen des Inquisiten: was sie wolle? Hierauf erfolgte die Antwort: du wirst's schon wissen. Inquisit aber erwiederte:

> ich nehme dich nicht, von mir kriegst du nichts, du kannst deinen rechten angeben.

Als er dieses gesagt hatte, ließ er die Lieboldin stehen, und ging wieder hinauf. Nachdem er die Pferde gefuttert hatte, und vorher noch in die Worte ausgebrochen war:

> wenn ich nur heute noch entliefe,

ging er der Lieboldin nach. Ueber die Absicht, die er bey diesem Nachgehn hatte, drückte er sich bey dem 10zten Artikel so aus:

> weil ich dachte, daß ich nicht Vater zum Kinde wäre, da dacht' ich, du willst sie ein Bissel ausprügeln.

Er leugnet aber ausdrücklich, daß er zu der Zeit die Absicht gehabt habe, sie zu tödten.

Um seinen Zweck auszuführen, nahm er sich von dem Reisholze, welches vor dem Thore des Pfarrhauses lag, einen Stock mit, welcher eine Elle lang war, die Dicke eines gewöhnlichen Harkenstiels und viele Aeste hatte.

Ueber die Spitze dieses Stocks läßt er sich bey dem Generalverhör so aus: er habe zwar den Stock nicht spitzig gemacht, aber er sey doch beynahe so spitzig wie eine Schreibefeder gewesen.

Bey dem Specialverhör aber ertheilt er auf die 116te Frage:

war solcher Stock spitzig?

die Antwort:

wie ein Büschelklöpfel gezackt.

Als er diesen Stock in die Tasche gesteckt hatte, begab er sich auf den Teichdamm, wo er die Lieboldin gehen sah, und nachdem er sie wirklich angetroffen hatte, fragte sie ihn, wo er hin wollte. Als er antwortete, daß er noch einmal mit ihr zu reden verlange, fragte sie weiter:

nimmst du mich denn?

und er erwiederte:

ich nehme dich nicht, und von mir kriegst du auch nichts.

Sie setzten hierauf ihren Weg mit einander fort, und gingen links vom Fußsteige ab nach dem Busche zu, und zwar, wie Inquisit erzählt, auf Verlangen der Lieboldin, welche sagte:

wir wollen daher in die Büsche gehen, sonst sehen uns die Leute, wir wollen ein Bissel daher gehen.

Als sie nach den Büschen gingen, und Inquisit nochmals versicherte, daß er die Lieboldin nicht heirathen und ihr auch nichts geben wolle, antwortete die letzte:

du bist doch mein Schelm,

welches nach dem gemeinen dortigen Sprachgebrauch so viel heißt, als: du hast mich geschwängert.

Die Antwort auf diese Aeußerung bestand in einem Schlage, welchen Inquisit der Lieboldin mit dem mitgenommenen Prügel auf den Kopf über die Stirne gab.

So

So wie dies geschah, fuhr die Lieboldin dem Inquisiten mit den Händen in die Haare und in das Gesicht, indem sie sagte:

entweder du mußt sterben, oder ich muß sterben.

Nachdem sie dies gethan und gesagt hatte, entstand bey ihm der Vorsatz, sie zu tödten. Er drückt sich darüber bey dem art. 158. folgendermaßen aus:

da sie das sagte, griff ich zu, und dachte: nun mags werden, wie Gott will; nun war es mein Vorsatz gleich, nun muß sie sterben.

Alles, was hierauf weiter vorgefallen ist, erzählt Inquisit mit folgenden Worten:

wir fielen mit einander nieder, hernach kam sie mit dem Gesicht in die Höhe, und da rupfte ich Gras ab, und fuhr ihr mit der Hand in den Mund, da biß sie mich in den Finger, und darnach hab ich ihr die Stiche und Wunden erst gemacht mit dem Stecken.

Die hier erzählten und die darauf folgenden Umstände setzt Inquisit bey den nachfolgenden Fragen so aus einander:

Als sie sich mit einander balgten, fielen sie beide zusammen nieder. Zuerst lag sie auf dem Gesicht, nachher kam sie wieder mit dem Kopf in die Höhe. Da sie niederfiel, erhielt sie noch einen Schlag mit dem Stocke; hierauf entstand ein Handgemenge, bey welchem die Lieboldin zuletzt nur schwachen Widerstand leistete.

Auf die Frage:

warum hat die Lieboldin nicht geschrieen und nicht schreyen können?

antwortet er bey dem 173sten Artikel:

sie hat vorher nicht geschrieen, ehe ich ihr die Hand in Mund brachte, und hernach, da ich

solche herausgezogen, wieder nicht: sie war mir selbsten scharf, daß sie dachte, sie wolle mein Mann seyn, daß sie nicht schreyte.

Zuletzt wurden der Lieboldin die Stiche, und zwar, wie er jetzt behauptet, mit dem Stocke beygebracht. Dieses nennt Inquisit die Wunden, und er drückt sich bey der 188sten Frage so aus:

da wehrte sie sich nicht mehr, da ich ihr die Wunden machte;

wie er denn auch bey dem art. 185. ausdrücklich sagt:

wie ich ihr den letzten Schlag mit dem Stocke gab, hernach wehrte sie sich nicht mehr sehr, und da ich ihr die Wunden beybrachte, da wehrte sie sich gar nicht mehr.

Als diese Mißhandlungen geendiget waren, schleppte er sie nach dem Wasser, und zwar so, daß er den Kopf zuerst hineinbrachte, und sodann den Körper nachzog.

Ueber die Quantität des daselbst befindlichen Wassers äußert er sich folgendermaaßen:

unten wars nicht viel, aber da, wo ich sie hineingesteckt habe, war ein fein Bissel Wasser.

Wie er bey dem art. 235. versichert, habe sie, ehe sie nach dem Wasser geschleppt ward, noch Odem geholet, und sich auch mit dem Kopf bewegt, und als er sie im Bache liegen ließ, soll sie ebenfalls noch gelebt haben.

Seine Aussage bey dem art. 254. lautet hierüber so:

ja, sie wackelte noch ein Bissel mit dem Kopfe, als ich ging; sie hob ihn ein Bissel auf, ließ ihn aber auch wieder fallen;

und

und bey dem art. 257. sagt er:

ja, sie hob den Kopf ein Stückel auf, und ließ ihn wieder hinein ins Wasser fallen, ich dacht auch, sie sollt wieder herauskommen.

Auf die 263ste Frage:

ob Inquisit die Lieboldin in der Absicht ins Wasser mit dem Kopf gestecket, damit sie vollends sterben und umkommen sollen?

antwortet er:

nein, in der Absicht nicht; das dacht' ich nicht, daß sie sterben sollte, weil sie sich noch mit dem Kopfe bewegte.

Indessen hat er doch auf die 258ste Frage:

ob Inquisit die Lieboldin wirklich ermordet und umgebracht?

mit Ja geantwortet. Ueber den Vorsatz zu tödten aber drückt er sich bey dem art. 259. so aus:

wie ich ausgegangen bin, da wars mein Vorsatz nicht; hernach, wie sie gesagt, entweder du mußt sterben, oder ich; hernach war das mein Vorsatz, es mag werden, wie Gott will, sie muß auch sterben; hernach hab' ich sie so zugerichtet; das war hernach mein Vorsatz, da sie das gesaget, nun muß entweder ich sterben, oder du.

Nach geendigtem Specialverhör unterredete sich der Inquisit mit seinem Vertheidiger, und dieser gründete die Vertheidigung des Inquisiten auf den Mangel des corporis delicti, auf den Reiz von Seiten der Entleibten, und auf die Nothwehr; auch wurden Zeugnisse von dem bisherigen Wohlverhalten des Inquisiten beygebracht.

Die Acten wurden hierauf an den Schöppenstuhl zu Jena versendet, und dieser zugleich ersucht,

mit

mit der mediciniſchen Facultät des Orts Rückſprache zu halten.

Dieſes geſchah, und in Anſehung der der Entleibten zugefügten Wunden und Verletzungen fiel das Gutachten der letztern dahin aus:

daß ſie zwar, einzeln betrachtet, nicht an und für ſich tödtlich oder per ſe lethales geweſen; zuſammen aber und in Verbindung betrachtet, wären ſie allerdings als an und für ſich tödtlich, oder als per ſe lethales anzuſehen.

Die Gründe ſind folgende:

„Es haben zwar die Ausſteller des Viſi re-
„perti, der D. Sturm und der Chirurgus
„Rotermund, behauptet, daß die Roſine
„Lieboldin nicht an den erhaltenen Geſichts-
„wunden und Kopfſchlägen geſtorben ſey, da
„erſtere blos die fleiſchigten Theile betroffen,
„und leicht hätten geheilet werden können, letz-
„tere aber keine Merkmale, als die erwähn-
„ten geringen Contuſionen blos äußerlich über
„der Stirn, entdecken laſſen. Allein, wenn
„man die Menge und Verſchiedenheit der
„Wunden erwägt, und wenn man bedenkt,
„daß dieſe Verletzungen an den empfindlichen
„und nervenreichen, auch reizbaren Theilen
„des Kopfs und Geſichts vorgekommen ſind;
„ſo kann man es nicht in Abrede ſeyn, daß
„der Tod der erwähnten Lieboldin davon aller-
„dings erfolgt ſey, und zwar theils wegen der
„daraus nothwendig entſtandenen Schmerzen,
„Krämpfe und Convulſionen, theils wegen
„der dabey vorgefallenen Verblutung. Die
„Erſtickung, welche, wie aus dem nachfol-
„genden erhellet, hinzugekommen iſt, hat den
„Tod,

„Tod, der ohnehin erfolgt seyn würde, be-
„schleuniget. Daß die Verblutung zum Tode
„beygetragen habe, ergiebt sich selbst aus
„dem Viso reperto, weil darin angegeben
„worden ist, daß das linke Herz von Blut
„ganz leer war. Ueberdies findet sich in den
„Acten, daß an der Stelle, wo der Leichnam
„gelegen, ein rother Fleck wahrgenommen
„worden, welcher, nach Wegnahme des Gra-
„ses, als eine große Quantität von geronne-
„nem Blut in der Größe fast eines Kuchen-
„deckels erkannt worden ist; auch gesteht der
„Inquisit selbst ein, daß die Lieboldin viel ge-
„blutet habe. Der ganze Umstand aber, in
„wie weit die Verblutung den Tod verursacht
„oder befördert habe, würde zu einer weit
„größern Gewißheit gebracht werden können,
„wenn in dem Viso reperto angegeben wor-
„den wäre, ob die Gefäße der Eingeweide
„des Unterleibes nebst der untern Hohlader
„und deren großen Aesten viel oder wenig
„Blut enthielten, wovon keine Erwähnung
„geschehen ist. Nur von den Gefäßen des
„Gehirns ist gesagt worden, daß sie von Blut
„strotzend waren, welches aber doch mit dem
„aus Verblutung erfolgten Tode bestehen
„kann, weil nemlich hier eine Erstickung mit
„hinzugekommen ist, welche den Tod beschleu-
„niget hat.„

Ueber die Erstickung selbst wird folgendes bemerkt:

„Diese Erstickung ergiebt sich schon aus dem Vi-
„so reperto, worin gesagt wird, daß das rechte
„Herz voll Bluts war, auch daß die Lungen
„aufgeblasen und voll schleimigten Wesens wa-
„ren, welches gerade bey dem gehinderten

„Ath-

„Athmen und beym Ersticken der Fall ist;
„über dieses aber kommen auch in den Acten
„Umstände vor, welche die Erstickung erweisen.
„Der Inquisit gesteht, daß er die Lieboldin,
„als sie noch Athem geholt und sich mit dem
„Kopfe geregt habe, ins Wasser geschleift,
„und sie mit dem Kopfe vorerst ins Bächlein
„gezogen habe; davon hat die Person, wie
„auch der Inquisit selbst geäußert hat, er-
„sticken können und müssen, zumal weil sie
„den Kopf wieder fallen lassen, als sie ihn
„wieder ein wenig aufgehoben hatte.„

Das Erkenntniß des Schöppenstuhls fiel dahin aus:

„Es ist Johann Michael Kießling, des an
„der hochschwangeren Rosinen Lieboldin und
„deren Leibesfrucht verübten Todtschlags we-
„gen, wenn er dessen vor gehegtem hochnoth-
„peinlichen Halsgerichte nochmals geständig,
„oder, wie Recht, überführt wird, ihm
„selbst zur wohlverdienten Strafe, andern
„aber zum abschreckenden Beyspiel, mit dem
„Schwerdte vom Leben zum Tode zu richten,
„auch nachher dessen Cörper auf ein Rad zu
„heften, und der Kopf auf einen Pfahl zu
„stecken.„

Dieses Urtheil wurde dahin bestätiget, daß der Körper des Verbrechers auf ein Rad geflochten werden sollte.

Die dagegen eingewandte weitere Vertheidigung stützt sich besonders auf die Lebensgefahr, welcher der Inquisit selbst bey dem Kampfe mit der Entleibten ausgesetzt gewesen, und zufolge eines Randzeugnisses ist Inquisit von mittler Größe, und

die Lieboldin von mittler und untersetzter Statur gewesen.

Was nun zuvörderst das Corpus delicti betrifft, so ist dieses so weit ausgemittelt, daß man mit Gewißheit annehmen kann, die Entleibte sey von einem andern auf eine gefährliche Weise gemißhandelt worden, und es ist die höchste Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß ihr Tod die Folge dieser Mißhandlungen gewesen sey.

Es lassen sich im gegenwärtigen Falle zwey Todesursachen denken, nemlich die Wunden, und die Erstickung im Wasser. Ob nicht auch die Erkältung im Wasser nach vorgängiger Erhitzung als Todesursache betrachtet werden kann, getrauen wir uns nicht zu behaupten, weil die Aerzte davon schweigen.

In Ansehung der Wunden stimmt das Gutachten der Aerzte, welche den Körper geöffnet haben, mit demjenigen, welches die medicinische Facultät zu Jena abgestattet hat, nicht überein. Obgleich jene deswegen mehr Glauben zu verdienen scheinen, weil sie den Leichnam selbst vor sich hatten, und sich also eine mehr anschauende Erkenntniß aller Umstände erwerben konnten, so hat doch das letzte Gutachten deswegen das Uebergewicht, weil es von einer medicinischen Facultät herkommt. Wir würden daher auch ohne Bedenken dem Ausspruch desselben beytreten, wenn gedachte Facultät nicht selbst klagte, daß die Mängel des ersten Befundscheins sie außer Stand gesetzt habe, die Sache zu einer größern Gewißheit zu bringen. Es heißt nemlich:

„Der ganze Umstand aber, in wie weit die „Verblutung den Tod verursacht oder beför„dert habe, würde zu einer weit größern Ge„wißheit gebracht werden können, wenn in

„dem

„dem Viso reperto angegeben worden wäre,
„ob die Gefäße der Eingeweide des Unterleibes
„nebst der untern Hohlader und deren großen
„Aesten viel oder wenig Blut enthielten; wo-
„von keine Erwähnung geschehen ist.„

So wenig aus unvollständigen Acten ein rechtsgültiger Rechtsspruch, so wenig kann aus einem unvollständigen Viso reperto ein über allen Zweifel erhabenes medicinisches Gutachten gezogen werden.

Hierzu kommt noch, daß die Gefäße des Gehirns von Blut strotzend waren, weswegen die medicinische Facultät selbst annimmt, daß die Erstickung eingetreten sey, ehe die Verblutung vollendet worden. Außerdem wird zwar noch der aus den Wunden entstandenen Schmerzen, Krämpfe und Convulsionen erwähnet. Es fällt aber von selbst in die Augen, daß dadurch nur die Möglichkeit des erfolgten Todes erklärt wird, daß aber dabey von keinen solchen Merkmalen die Rede sey, aus welchen auf die Todesart zurückgeschlossen werden könne; weswegen auch diese Gründe nicht als solche angegeben werden, aus welchen, für sich genommen, der Tod als eine nothwendige Wirkung herzuleiten ist.

Da es nun überdies nicht möglich seyn würde, die Quantität des Schmerzes zu bestimmen, die ein Mensch aushalten oder nicht aushalten kann, noch weniger aber aus der Beschaffenheit der Wunde allein auf die Quantität des Schmerzes ein richtiger Schluß Statt findet: so kann an der Unvollständigkeit des corporis delicti, so weit es allein von diesem Puncte abhangen soll, keinesweges gezweifelt werden.

Nicht weniger zweifelhaft ist die Todesursach, wenn sie auf die Erstickung im Wasser gegründet wird.

Nicht zu gedenken, daß es schon an sich betrachtet sehr schwierig ist, zu bestimmen: ob und in wie fern die Erstickung die Todesursache gewesen,

Metzgers gerichtliche Arzneywissenschaft, §. 180.

und daß unter den Aerzten noch darüber gestritten wird, was eigentlich die Ursache des Todes bey einem Ertrunkenen sey;

Ebenderselbe a. a. O. §. 188.

so kommt im gegenwärtigen Falle noch hinzu, daß man genöthiget gewesen ist, das Bekenntniß des Inquisiten zu Hülfe zu nehmen.

Nun besteht aber der Zweck der Ausmittelung des corporis delicti eben darin, daß man in den Stand gesetzt werde, das Bekenntniß des Inquisiten für richtig anzunehmen. Denn wenn auch die Richtigkeit der Definition des corporis delicti, daß es in der Ueberzeugung bestehe, welche auf andere Weise, als aus dem Bekenntnisse des Verbrechers erhelle, annoch bezweifelt werden könnte; so würde es doch immer nothwendig bleiben, genau zu untersuchen, in wie fern sich aus dem bloßen Erfolge, auch ohne Rücksicht auf die übrigens erwiesene oder eingestandene Handlung, auf die Existenz einer solchen Handlung schließen lasse.

Denn l. 1. §. 17. ff. de Quaestionibus verordnet ausdrücklich:

> Divus Severus rescripsit, confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.

Im gegenwärtigen Falle ist dies um so nothwendiger, da schon bey der ersten Abhörung des Inquisiten gleich bey seiner Verhaftnehmung mancherley

Suggestivfragen an ihn ergangen sind, als wodurch auch die bey der Special-Inquisition vorkommenden Suggestivfragen bedenklicher werden, als sie seyn würden, wenn man sie als eine bloße Wiederholung der vorher ohne Suggestion zu den Acten gebrachten Aussagen des Inquisiten betrachten könnte. Hierbey ist auch noch zu erwägen, daß der Leichnam nicht in dem Zustande gefunden worden, daß man daraus auf eine Erstickung im Wasser schließen könnte, weil das Wasser das Gesicht desselben nicht bedeckte. Nun kann man zwar wegen der Länge der Zeit, welche zwischen der That und dem Auffinden des Leichnams verstrichen ist, nicht wissen, ob nicht vielleicht seit dieser Zeit das Wasser abgeflossen und der Leichnam in eine andere Stellung gekommen ist. Aber ungewiß bleibt es doch immer, ob die Entleibte wirklich im Wasser erstickt sey.

Was der Mangel einer vollständigen Gewißheit des corporis delicti für Folgen habe, wird sich erst alsdann abhandeln lassen, wenn wir vorher die Bekenntnisse des Inquisiten näher werden betrachtet haben. Hier ist es genug, zu bestimmen, daß die Todesart der Entleibten zwar mit großer Wahrscheinlichkeit, aber nicht mit vollkommener Gewißheit ausgemittelt sey.

Daß er wirklich diejenige Person ist, von welcher die Entleibte die lebensgefährlichen Mißhandlungen erlitten hat, wird aus den Umständen wahrscheinlich. Ihr letzter Gang war zu ihm, und seit dieser Zeit ist sie nicht wieder zum Vorschein gekommen; Inquisit hatte, als sie bey ihm gewesen war, eine Art von Verzweiflung blicken lassen; er hat Verletzungen am mittlern Finger erlitten, die sich am besten erklären lassen, wenn man seine Erzäh-

lung für richtig annimmt, zufolge welcher er sie bey dem Handgemenge mit der Entleibten erhalten hat; auch seine Flucht und die an seinen Kleidungsstücken bemerkten Blutflecke bestätigen diesen Verdacht.

Seinem Bekenntnisse fehlt also, im Ganzen betrachtet, die innere Wahrscheinlichkeit nicht; desto genauer aber werden die einzelnen Theile desselben in der Folge betrachtet werden müssen. Dieses ist um so nothwendiger, da Inquisit in den Acten gar nicht als ein Mensch erscheint, zu welchem man sich einer Mordthat oder auch nur einer grausamen Behandlung anderer versehen könnte.

Seine Jugend läßt zwar Uebereilung, aber keine ausgedachte Bosheit vermuthen; die Brodtherrschaften, bey welchen er bisher gedient hat, geben ihm die besten Zeugnisse; er hat selbst gegen das Vieh niemals Grausamkeit gezeigt, und ist immer still, fleißig und verträglich gewesen. Durch diese guten Zeugnisse kann nun zwar sein eigenes Geständniß nicht entkräftet, aber doch modificirt werden, und wir wenden uns nun zu dessen nähern Betrachtung.

Die von dem Inquisiten eingestandene That hat vier Haupttheile; erstlich die Verfolgung der Lieboldin, welche angeblich in der Absicht geschah, sie auszuprügeln; zweytens die Eröffnung der Thätlichkeit mit dem mitgenommenen Prügel; drittens die Mißhandlungen der Lieboldin, nachdem sie angeblich gesagt hatte, daß einer von beiden sterben müsse; und endlich viertens die Fortschleppung der Entleibten in den Bach.

1) Schon die erste Handlung ist sehr strafbar. Inquisit leugnet zwar, daß er, als er der Lieboldin nachging, die Absicht, sie zu tödten, gehabt habe; aber das Mitnehmen des versteckten

Reis-

Reisholzes und die Zwecklosigkeit des bloßen Ausprügelns, als wodurch die Lieboldin nur noch mehr gereizt wurde, lassen noch immer einigen Verdacht einer schon damals gefaßten Absicht zu tödten zurück. Dieser Verdacht kann indessen nicht die rechtliche Folge haben, daß man die vorher gedachte böse Absicht als völlig erwiesen annehmen könnte; zumal da hier von einer ohnedies unvernünftigen Handlung die Rede ist. Wenn man aber auch die Erzählung des Inquisiten für richtig annimmt, so bleibt doch immer der Vorsatz übrig, eine dem Leben der Lieboldin und ihres Kindes sehr gefährliche Handlung zu unternehmen. Das mitgenommene Stück Reisholz war nach der eigenen Beschreibung des Inquisiten so beschaffen, daß er die gefährlichen Folgen der damit der Lieboldin zuzufügenden Schläge voraussehen mußte. Da er nun überdies wußte, daß sie schwanger war, so mußte er auch die Gefahr, welche aus seinem Vorhaben für Mutter und Kind entstand, voraussehen.

In Rücksicht auf die Tödtung der Leibesfrucht wäre also die Handlung, welche Inquisit gleich anfangs im Sinne hatte, als eine gefährliche anzusehen.

Kleins Criminalrecht, §. 122. n. 3.

Die Gefährlichkeit dieses bösen Vorsatzes ergiebt sich auch

2) aus der Art, wie sie ausgeführt wurde. Inquisit eröffnete nemlich die Thätlichkeiten dadurch, daß er, wie er selbst gesteht, die Lieboldin mit dem Stück Reisholz an den Kopf schlug. Wenn man auch nicht, wie doch sehr wahrscheinlich ist, voraussetzt, daß er sie, um seine That besser auszuführen, in das Gebüsch geführt habe: so zeigt doch dieser Anfang zur Genüge, daß es nicht auf

eine unschädliche, blos Schmerzen verursachende Prügeley angesehen war, wie denn auch diese bey der Schwangerschaft der Lieboldin leicht gefährliche Folgen haben konnte. Da indessen nach dem einstimmigen Gutachten der Aerzte keine einzige von den Kopfwunden an sich tödtlich war, so kann diese Handlung höchstens als eine lebensgefährliche, aber nicht als ein wirklicher Todtschlag angesehen werden.

3) Geständlich faßte Inquisit den Vorsatz, die Entleibte zu tödten, erst, nachdem diese geäußert hatte, daß einer von ihnen beiden sterben müßte.

Vergebens sucht Defensor das, was darauf von Seiten des Inquisiten geschehen ist, als eine bloße Nothwehr darzustellen. Denn die gleichgedachte Aeußerung der Lieboldin folgte auf den empfangenen gefährlichen Schlag, und kann selbst in der Art, wie sie Inquisit erzählt, nur als die Ankündigung einer hartnäckigen, bis zum Tode des angreifenden Theils fortzusetzenden Gegenwehr angesehen werden. Wollte man sie aber auch als den Vorsatz einer blutigen Rache betrachten, so wäre doch immer eine verschuldete Nothwehr (tutela culpabilis) vorhanden, auch kann wol nicht angenommen werden, daß ihm kein ander Rettungsmittel, als die Tödtung der Entleibten übrig geblieben sey. Nun will zwar sowohl der Inquisit als der Defensor den Umstand geltend machen, daß die Lieboldin selbst dem Inquisiten sehr zugesetzt habe, und ihm an Leibesstärke, wo nicht überlegen, doch gleich gewesen sey. Allein nach dem, was oben angeführt worden, hat Inquisit dennoch selbst eingestanden, daß er die Wunde, welche mit Messerstichen Aehnlichkeit habe, der Entleibten zu einer Zeit beygebracht habe, da sie nur noch schwachen Widerstand leistete. Diese grausame Mißhandlung einer Ster-

benden verdient in jeder Rücksicht eine sehr harte Ahndung, und man beurtheilt sie noch sehr gelinde, wenn man annimmt, Inquisit habe dabey keine andere Absicht gehabt, als so lange mit Schlägen und Stichen fortzufahren, bis der Tod der Lieboldin erfolgt seyn würde.

Daher gewinnt auch Inquisit wenig dadurch, daß er vorgiebt, er habe diese Wunden nicht, wie er zuerst bekannt hatte, mit einem Messer, sondern mit dem vorher beschriebenen Reisholze gemacht. Denn obgleich in der Regel der Gebrauch des Messers mehr als der Gebrauch eines Prügels auf die Absicht zu tödten schließen läßt, so wäre doch im gegenwärtigen Falle das Messer auf eine Art gebraucht worden, wie es wahrscheinlicher Weise nicht geschehen seyn würde, wenn Inquisit die Absicht zu tödten gehabt hätte, weil er alsdann das Messer eher auf den Leib, als gegen den Kopf gerichtet haben würde. Ueberhaupt aber ist in der Sache noch manche Dunkelheit zurückgeblieben.

So erhellet es zum Beyspiel nicht, was Inquisit dabey, daß er der Entleibten Gras in den Mund gesteckt, für eine Absicht gehabt habe, da er leugnet, daß sie geschrieen, und daß seine Absicht gewesen sey, das Schreyen zu verhindern.

Wie aber auch die Sache zusammenhängen mag, so ist doch keiner der der Lieboldin zugefügten Stiche und Schläge an und für sich tödtlich, und wie aus dem Gutachten der mediciniſchen Facultät zu Jena mit Wahrscheinlichkeit erhellet, so ist eine andere Todesursache früher eingetreten, ehe die tödtliche Wirkung aller Wunden zusammengenommen erfolgen konnte.

Hierzu kommt noch, daß eine Wunde in der Regel nicht für schlechterdings tödtlich gehalten wer-

den kann, wenn der Tod ohne die Verblutung nicht erfolgt seyn würde.

Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, §. 220.

Ob wir nun gleich mit dem eben angeführten Schriftsteller von dieser Regel eine Ausnahme machen, wenn die Verblutung unter den vorhandenen Umständen nothwendig erfolgen mußte, und dieser Fall hier einzutreten scheint; so würde doch, wenn die Verblutung als Todesursache gelten soll, der Tod die Folge derselben gewesen seyn; welches aber hier, wo der Tod aus einer andern Ursache früher eintrat, nicht angenommen werden kann.

4) Das Schleppen der Lieboldin in den Bach läßt sich anders nicht erklären, als daß man vorausetzt, es sey in der Absicht, dieselbe zu ertränken, geschehen.

So wahrscheinlich es aber auch ist, daß Inquisit dadurch seinen Zweck wirklich erreicht habe: so mangelt es doch in Ansehung dieser Todesursache an einer vollkommenen Gewißheit des corporis delicti. Ja sogar die Absicht, die Lieboldin zu ersäufen, will Inquisit nicht eingestehen. Denn ad art. 263:

ob Inquisit die Lieboldin in der Absicht ins Wasser mit dem Kopfe gesteckt, damit sie vollends sterben und umkommen sollen?

antwortet er:

nein, in der Absicht nicht; das dacht ich nicht, daß sie sterben sollte, weil sie sich noch mit dem Kopfe bewegte.

Und ob sie gleich, wie er vorher ad art. 257. sagt, den aufgehobenen Kopf wieder ins Wasser fallen

lassen, so versichert er doch, er habe gedacht, sie sollte wieder herauskommen.

Diese Hoffnung scheint zwar dem ad art. 259. abgelegten Geständnisse entgegen zu seyn, wo Inquisit sagt:

> wie ich ausgegangen bin, da wars mein Vorsatz nicht; hernach wie sie gesagt, entweder du mußt sterben, oder ich; hernach war das mein Vorsatz, es mag werden, wie Gott will, sie muß auch sterben; hernach hab ich sie so zugerichtet; das war hernach mein Vorsatz, da sie das gesaget, nun muß entweder ich sterben, oder du.

Allein es könnten hierbey noch die Zweifel entstehen, ob Inquisit dabey nicht mehr einen blos gefährlichen Vorsatz, als eine angebliche Absicht zu tödten, zu erkennen gegeben habe, wie besonders die Worte:

> es mag werden, wie Gott will,

anzudeuten scheinen.

Gewiß aber ist es, daß es bedenklich sey, bey so zweydeutigen Aeußerungen die Todesstrafe zu erkennen. Denn da es selbst dem Rechtsgelehrten schwer fällt, die boshafte, die vorsätzlich böse, die gefährliche und die muthwillige Handlung zu unterscheiden, so ist es äußerst bedenklich, einen 21jährigen Bauerknecht auf den Grund solcher Aeußerungen zum Tode zu verurtheilen. Dies ist um so bedenklicher, da keine einzige an sich tödtliche Verletzung erhellet, und die Untersuchung über den ganzen Zusammenhang der Handlung noch manchen Zweifel übrig gelassen hat.

Könnte mit Zuverlässigkeit eine überlegte Absicht zu tödten, und also ein Mord vorausgesetzt wer-

werden: so würden wir über die Gewißheit des corporis delicti geringere Bedenklichkeiten haben.

Denn l. 1. §. 1. 3. ad Legem cornel. de Sicariis erfordert zur ordentlichen Strafe die Vollendung der mörderischen Absicht eben so wenig, als nach der Natur der Sache die moralische Zurechnung von der bloßen physischen Wirkung abhängt. Und obgleich dieses Gesetz nach den in

Kleins Criminalrecht, §. 295.

angeführten Gründen seine volle Anwendung in Deutschland nicht finden kann, so ist doch soviel gewiß, daß es im Falle einer erwiesenen mörderischen Absicht weniger auf die Gewißheit der Wirkung ankomme, als wenn von der Bestrafung eines bloßen Todtschlags die Rede ist, weil bey letztern aus der Wirkung auf die Absicht zu tödten, als Ursache, geschlossen wird.

ibid. §. 284.

Gewiß aber ist der gefährliche Vorsatz, und höchstwahrscheinlich ist es, daß der wirklich erfolgte Tod der Entleibten die Folge davon gewesen sey. Eben so wahrscheinlich ist es auch, daß Inquisit sogar eine mörderische Absicht bey seiner grausamen That gehabt habe, und er hat also wenigstens einen lebenswierigen Verlust seiner Freyheit verwirkt.

Ebendaselbst, §. 286.

Es treten aber im gegenwärtigen Falle noch besondere Gründe hinzu, weswegen diese Strafe verschärft werden muß.

Da Inquisit sich geständlich mit der Entleibten fleischlich vermischt hatte, so stand er mit ihr in einem solchen Verhältnisse, welches ihm die besondere Pflicht auflegte, für sie und ihre Leibesfrucht

zu

zu sorgen. Denn wenn man auch annimmt, daß die von ihm angegebene Zeit des Beyschlafs richtig sey, so ist es doch nicht unmöglich, daß die bey ihrem Tode in ihrem Leibe gefundene Leibesfrucht von seinem Beyschlafe herrühre. Gesetzt aber auch, er hätte gute Gründe gehabt, sich nicht für den Schwängerer zu achten, so war es genug, daß er wußte, sie sey schwanger, um einen doppelten Mord der Mutter und des Kindes zu vermeiden; ja es entsteht sogar die Vermuthung, daß er Mutter und Kind aus eigennütziger Absicht um das Leben gebracht habe, damit er künftig von seinem Vater besser unterstützt werden möchte. Gewiß ist es, daß er sie auf eine grausame Weise behandelt, und eben deswegen auch eine Verschärfung der übrigens verwirkten Strafe verdient habe.

Dagegen kann ihm seine Jugend und sein bisher geführter guter Lebenswandel nicht zu Statten kommen. Die That selbst spricht zu sehr wider ihn, als daß man aus dem Lebenswandel, welchen er bisher geführt hatte, auf den Mangel der deutlich genug an den Tag gelegten bösen Absicht schließen könnte. Wenn man auch, wie doch aus den Untersuchungsacten nicht erhellet, für richtig annimmt, daß die Lieboldin wirklich mit andern Mannspersonen sich fleischlich vermischt und ihn fälschlich als den Vater der Leibesfrucht angegeben habe; so könnte doch dadurch auf keine Weise eine so schreckliche Rache entschuldiget werden, und eben so wenig kommt ihm der Unwille des Vaters zu Statten, weil dieser vielmehr, wie schon oben angeführt worden, die Vermuthung erregt, Inquisit habe, um die Wahrheit nicht kund werden zu lassen, die Geschwängerte aus dem Wege geräumt. Das Strafbare seiner Handlung mußte ihm nothwendig bekannt

kannt seyn, und so hart auch eine lebenswierige Einsperrung für einen noch so jungen Menschen ist, so ist sie doch gelinder, als die höchstwahrscheinlich verdiente Todesstrafe.

So wenig wir übrigens die zu häufigen körperlichen Züchtigungen, besonders wenn sie öffentlich vollzogen werden, billigen können, weil sie einerseits das Publicum an grausame Schauspiele gewöhnen, und anderntheils das daran gewöhnte Publicum gegen dergleichen Strafen gleichgültig machen: so haben wir doch bey diesem Falle eine Ausnahme gemacht, weil eben für Fälle dieser Art die öffentlichen Züchtigungen aufgespart werden müssen, damit alsdenn ihr Eindruck um so viel stärker sey.

Wir haben daher auf eine jährliche an dem Tage des Verbrechens zu wiederholende Züchtigung erkannt; wir haben aber diese Züchtigung auf die ersten 6 Jahre eingeschränkt, theils weil nach Verlauf dieser Zeit das Andenken dieser That sich ohnedies aus dem Gedächtniß verlieren wird, theils weil sonst die Quantität der Strafe gar zu sehr vom Zufall, nemlich von dem langen oder kurzen Leben des Verbrechers, abhängen würde *).

Das in Ansehung der Kosten abgefaßte Erkenntniß rechtfertiget sich aus den von Quistorp

a. a. O. §. 812—814.

weiter ausgeführten Grundsätzen.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall, so wie im Urtheile geschehen ist, erkannt werden müssen.

*) Hierzu kommt noch, daß alte Leute mit solchen Züchtigungen verschont werden müssen, und also die jährliche Züchtigung nicht bis an das Lebensende des Inquisiten fortgesetzt werden dürfte.

II.

Beynahe ähnliche Strafe und Sicherheitsmittel gegen den Mörder seiner Großmutter, Johann Petersen, nebst Betrachtungen über die Zurechnung der in der Hitze der Leidenschaft begangenen Verbrechen.

An das Herzogl. Gericht der Neustadt Schwerin.

Auf die wider den Schuhmacher Johann Petersen jun. wegen des an seiner Großmutter verübten Todtschlags verhandelten und in 17 Numeris bestehenden Untersuchungs-Acten: Erkennen ꝛc.

Daß Inquisit Johann Petersen jun. wegen des an seiner Großmutter verübten Todtschlags mit lebenswieriger Zuchthausarbeit zu bestrafen, dabey aber unter der genauesten Aufsicht zu halten, auch, so weit es die Einrichtung der Anstalt erlaubt, von den andern Gefangenen abzusondern, und dabey mit solchen Fesseln zu belegen, welche seine Flucht, jedoch ohne Nachtheil seiner Gesundheit, unmöglich machen; wobey es Höchster landesherrlicher Beurtheilung überlassen bleibt, ob statt der Zuchthausstrafe eine andere, das Publicum vor diesem Verbrecher mehr sichernde Gefangenschaft, jedoch ebenfalls ohne Nachtheil seiner Gesundheit, zu wählen sey. Vor Abführung des Verbrechers in den Ort seines künftigen Aufenthalts ist derselbe mit einer öffentlichen harten, jedoch seiner Gesundheit unschädlichen, Züchtigung zu belegen, und ist zu diesem

Ende

Ende die körperliche Beschaffenheit des Inquisiten durch Aerzte zu untersuchen. Diese Züchtigung ist jährlich am 24sten May, als an dem Tage des begangenen Verbrechens, zu wiederholen; doch hängt es von der höchsten landesherrlichen Bestimmung ab, ob diese jährliche Züchtigung, wo fern sie am Orte des begangenen Verbrechens nicht füglich geschehen könnte, am Orte seines Aufenthalts vorgenommen werden solle. Nachdem Inquisit diese jährliche Züchtigung sechsmal, die erste vor dem Antritt der Zuchthausstrafe erlittene mit eingerechnet, erhalten hat, ist dessen bisheriges Betragen näher zu untersuchen, und bleibt es sodann der höchsten Criminal-Behörde vorbehalten, die Unterlassung der ferneren Züchtigung und die erträglichere Einrichtung seiner Gefangenschaft zu verordnen. Sollte auf diesen ersten Bericht die fernere Unterlassung der Züchtigung nicht verfügt werden, so ist mit der vorgedachten Berichtserstattung von 6 zu 6 Jahren fortzufahren, bey jeder Berichtserstattung aber, so wie bey jeder jährlichen Züchtigung, auf seine jedesmalige körperliche Beschaffenheit Rücksicht zu nehmen. Inquisit ist, so weit sein Vermögen dazu hinreicht, die Kosten des Untersuchungs-Processes zu tragen gehalten. Von Rechts Wegen.

Geschichts-Erzählung und Entscheidungs-Gründe.

Am 24sten May 1797. geschah dem Richter des Herzoglichen Gerichts der Neustadt Schwerin, Herrn Commissionsrath Schnelle, durch den Schuhmacher Petersen den ältern die Anzeige, daß sein Sohn ganz wüthend sey, alle Fenster einge-

schlagen,

schlagen, und dessen Frau mit dem Kinde sich zu ihm geflüchtet habe. Der Vater wurde angewiesen, den Sohn zu besänftigen, kam aber bald mit der Nachricht zurück, daß sein Sohn besoffen sey, die Fenster im Hause zerschlagen, und ihm gesagt habe: er halte keinen Frieden, und wolle so lange toben, bis er auf das Zuchthaus zu Dömitz käme. Er fügte hinzu, die im Hause wohnende Ehefrau des Zinngießers Kiepke habe ihm gesagt, er solle einmal in die Kammer gehen, und nach seiner Schwiegermutter, der alten Wittwe Laveen, (der Großmutter des jüngern Petersen) sehen. Dies habe er gethan, und dieselbe im Bette liegend gefunden. Gelebt habe sie noch, aber es wäre ihr etwas über das Gesicht geflossen, welches ihm so besonders vorkäme *).

Ehe noch der herbeygerufene Gerichtsdiener in die Behausung des vorhergenannten Commissionsraths Schnelle eintreten konnte, hatte sich schon der Grenadier Hinze eingefunden, und angezeigt, daß der jüngere Petersen so sehr tobe, und daß schon eine große Menge Menschen zusammengelaufen wäre. Ihm folgte bald der Diener des Herrn Hofraths Franke, welcher anzeigte, daß er im Vorbeygehen den Lerm bemerkt, und sich vergebens bemühet habe, den jüngern Petersen zu beruhigen, vielmehr dieser ihm zur Antwort ertheilet habe, daß er nicht geruhig seyn wolle, und sich selbst das Leben nehmen würde, oder man möge ihn nach Dömitz bringen. Nachdem inzwischen auch der Ge-

*) Für den Psychologen und Moralisten ist die Wendung merkwürdig, welche der Vater nimmt, um die von seinem Sohne begangene Mordthat in mildern Ausdrücken zu erkennen zu geben.

Gerichtsdiener angelangt war, wurde dieser befehliget, Ruhe zu gebieten, und sich davon zu überzeugen, ob der Wittwe Laveen eine Gewaltthätigkeit widerfahren wäre. Er kam bald mit der Antwort zurück, daß er die oben genannte alte Frau, voller Blut im Gesichte, todt im Bette gefunden habe.

Der Herr Commissionsrath Schnelle verfügte sich hierauf selbst nach dem Petersenschen Hause, fand den Auflauf vor dem Hause, in demselben die Wittwe Laveen todt im Bette, und ließ den Schuhmacher Petersen jun. in Verwahrung bringen.

Bey der noch an eben dem Tage vorgenommenen gerichtlichen und mediciniſchen Besichtigung und Oeffnung der Leiche wurden die an derselben befindlichen Wunden schlechterdings tödtlich befunden; vorher aber hatte schon der Petersen jun. die Leiche für seine Großmutter, die Wittwe Laveen, anerkannt, und eingestanden, daß er ihr die am Kopfe befindliche Wunde mit dem Hammer zugefügt habe, welcher auch in der Wohnstube aufgefunden wurde. An diesem Hammer, welchen auch der Petersen jun. für denjenigen anerkannte, womit er seine Großmutter getödtet habe, war noch das Blut zu sehen, und an diesem klebte eine Feder, welche vermuthlich von dem Bette der Entleibten daran gekommen war. Arrestat zeigte hierbey noch an, daß alles, was er gethan hatte, aus Mißmuth geschehen sey, weil sein Vater ihn so übel behandelt habe. Er sey daher seines Lebens so müde, daß er gern noch heute sterben wolle; denn Gott sage, wer Menschenblut vergösse, deß Blut solle wieder durch Menschen vergossen werden.

Bey der sodann gegen den Petersen jun. geführten General- und Special-Inquisition ergeben sich folgende nicht zu bezweifelnde Thatsachen.

Inquisit, welcher Johann Friedrich George Petersen heißt, und ohngefähr 24 Jahr alt ist, hat das Schuhmacherhandwerk bey seinem Vater erlernt, ist nach vollendeter Wanderschaft Meister geworden, hat aber wenig Arbeit und Nahrung gehabt, einen unordentlichen Lebenswandel geführet, sich durch sein zänkisches Wesen furchtbar und verhaßt gemacht, seine Ehefrau, mit welcher er seit drey Jahren verheirathet gewesen ist, öfters gemißhandelt, und oft im Hause herumgetobt.

Aus dieser Ehe hat er zwey Kinder gehabt, wovon das eine zur Zeit des verübten Verbrechens 28 Wochen alt war, und von dem Inquisiten an dem Morgen, als er seine Großmutter tödtete, nebst dessen Mutter aus dem Hause geschickt wurde; und das andere, welches von ihm, als es weinte, mit der baumwollenen Mütze geschlagen wurde *), in einem Alter von 39 Wochen gestorben ist.

Die vorzüglichste Unterstützung erhielt er von der entleibten Großmutter, welche ihn auch in ihrem Testamente zum Erben eingesetzt hatte, und sich in seiner Verpflegung befand, aber den Tag meistentheils im Bette zubrachte. Auch sein Vater hatte ihm anfangs Arbeit gegeben, aber Inquisit weigerte sich, aus Neigung zum Herumschweifen, dergleichen ferner zu übernehmen.

Die nähere Veranlassung der verbrecherischen That war folgende.

*) Daß Inquisit durch das Schlagen mit der Mütze den Tod seines Kindes veranlaßt habe, war nach Lage des Alters nicht zu vermuthen.

Am 22sten May kam Inquisitens Vater zu demselben, und setzte ihn wegen eines mit dem Juden Marcus Ruben gehabten Streites zur Rede, gab ihm, weil er ihm auf eine unehrerbietige Art widersprach, ein paar Ohrfeigen, und drohete, ihn nach Dömitz bringen zu lassen.

Der Gedanke an die von seinem Vater erhaltene Züchtigung und an die Bedrohung mit dem Zuchthause zu Dömitz füllte von nun an seine ganze Seele aus. Hierzu trat der Geldmangel, welchen er besonders an dem Morgen des Tages, wo er das Verbrechen ausführte, auf eine merkliche Weise fühlte. Eben sollten die Beyträge zu der Leichengesellschaft berichtiget werden. Seine Ehefrau wollte Geld dazu borgen, aber sie fand keinen Credit. Sie holte also bey dem Oberamtmann Reußner 36 ßl. Unterstützungsgelder, welche die Wittwe Lavee monatlich erhielt. Dieses Geld fand ihr Ehemann unzureichend. Indessen nahm er doch $1\frac{1}{2}$ ßl. zu Branntwein, und die Wittwe Lavee bekam Brodt mit Butter. Hierauf gab Inquisit seiner Ehefrau den Auftrag, seinen Vater wegen des letzten Vorfalls um Vergebung zu bitten, und ihn mit demselben auszusöhnen. Sie kam mit der Antwort zu Hause, daß er ihm verzeihe, aber unter der Bedingung, daß er sich künftig besser betrage. Diese Antwort besänftigte aber den Inquisiten nicht; vielmehr brach er in die Worte aus:

> er habe unschuldig Ohrfeigen erhalten, und dies könne er nicht auf sich sitzen lassen.

Das Toben nahm nun wieder seinen Anfang. Er zerschlug die Fenster, und sagte mit Ungestüm, sie sollte machen, daß sie mit dem Kinde fort und zu seinem Vater käme, um demselben zu sagen, daß er ihn doch hätte arretiren und nach Dömitz bringen wollen.

wollen. Er wollte daher eher nicht mit seiner Desperation aufhören, bis er arretirt sey. Vergebens war ihr Bemühen, ihn zu besänftigen. Sein lermendes Verlangen, daß sie sich mit dem Kinde fortmachen sollte, wurde immer dringender. Sie that, was er begehrte, traf aber ihren Schwiegervater nicht an, welcher erst um 12 Uhr nach Hause kam, und sodann zu spät bey seinem Sohne eintraf.

Mit dieser Erzählung der Ehefrau treffen die Aussagen der übrigen Personen, welche bis auf den Vater und die Ehefrau eidlich abgehöret sind, im Wesentlichen überein.

Der Inquisit selbst hat sich sowohl bey der General- als bey der Special-Inquisition folgendergestalt vernehmen lassen:

Er gestehet die von der Großmutter erhaltene Unterstützung von 100 Rthlr., 70 Rthlr. und 22 Rthlr., behauptet aber, daß er dieses Geld größtentheils zu Tilgung der Schulden verwendet habe, welche er zur Verpflegung seiner Großmutter habe machen müssen. Von dem, was an dem Tage des verübten Verbrechens geschehen sey, will er sich weiter nichts zu erinnern wissen, als daß er seine Ehefrau an seinen Vater geschickt habe, um sich mit ihm auszusöhnen, will aber weder von der erhaltenen Antwort, noch davon, warum er sich dabey nicht beruhiget habe, etwas anderes wissen, als daß er schon einmal in Desperation gewesen sey. Wie er denn auch über die Ursache, weswegen er hernach sein Kind mit der Frau fortgeschafft habe, nichts weiter sagen zu können angiebt, als es sey geschehen, damit er ihnen nichts zu leide thun möge.

Ueber seinen Gemüthszustand selbst läßt er sich auf folgende Art aus:

> er sey schon lange in der Wildheit und darüber mißvergnügt gewesen, daß er in seiner Nahrung nicht recht fortgekommen; denn weil er in Schulden gewesen, so habe er für wenige Arbeiten baares Geld erhalten. In dieser Desperation habe er Branntwein getrunken, so daß er selbst nicht gewußt habe, was er thue.

Und ob er gleich nicht leugnet, seine Großmutter getödtet zu haben, so will er doch nicht wissen, warum und wie er diese That verübt habe, und blos aus dem Blute an dem Hammer zieht er, seinem Vorgeben nach, den Schluß, daß seine Großmutter dadurch von ihm getödtet worden sey. Daher antwortet er auf die Frage:

> wie er denn seine Wohlthäterin zu erschlagen fähig seyn können?

ad art. 22. und 23. folgendes:

> er habe von nichts gewußt, und also, ohne es zu wissen, die That ausgeübt.

Die nach geschlossener Untersuchung eingereichte Vertheidigung gründet sich vorzüglich auf den Gemüthszustand des Verbrechers, welcher besonders daraus abgenommen werden könne, daß er nicht nur gegen sein Eigenthum, sondern auch sogar gegen seinen Körper gewüthet habe, weshalb sein Vertheidiger ihn nur zu einer fünfjährigen Zuchthausstrafe zu verurtheilen bittet.

Was nun zuvörderst die Wirklichkeit und den Bestand des begangenen Verbrechens, überhaupt betrachtet, anlangt: so läßt sich daran, daß die

Wittwe Lavee durch die Handlung eines andern ihr Leben verlohren habe, keinesweges zweifeln.

Das medicinische Gutachten geht dahin, daß die Entleibte aus natürlichen Ursachen dem Tode nicht nahe gewesen, sondern die Ursache des Todes allein in der ihr zugefügten Wunde zu suchen sey.

Die Wunden selbst waren so beschaffen, daß sie am füglichsten als Wirkung der Schläge mit dem Hammer sich erklären lassen; daß man aber nicht wohl annehmen kann, es habe die Entleibte sich selbst diese Wunden zugefügt; daher bleibt nichts übrig, als einen von einem andern an ihr verübten Todtschlag anzunehmen. — Eine Voraussetzung, welche besonders durch den blutigen Hammer und die daran klebende Feder bestätiget wird.

Alle diese Umstände werden noch überdieses durch die eidlichen Aussagen der 20jährigen Dorotheen Catharinen, gebohrner Wissel, verehlichter Schmidtin, bekräftigt, als welche den Inquisiten mit einem Hammer nach seiner Stube und in die daran stoßende Kammer gehen gesehen, und welche selbst das Quatschen der geschwind auf einander folgenden Schläge gehöret hat. Sie selbst hat auch durch Hülfe eines weggebrochenen Bretts sich nachher überzeugt, daß die Lavee in ihrem Blute im Bette liege.

Hiermit stimmt auch die Aussage der 28jährigen Sophien Christianen, gebohrner Ritterin, verehelichter Kiepken, gegen welche nicht nur die Schmidtin, gleich nachdem sie das Quatschen der Schläge gehört, ihre Besorgniß äußerte, Inquisit möchte seine Großmutter geschlagen haben, sondern die auch selbst mit anhörte, wie eben diese Schmidtin diese ihre Vermuthung Inquisitens Vater entdeckt hat. Sie selbst hat auch die Entleibte durch die

weggebrochenen Bretter blutig im Bette liegen gesehen. Auch Inquisit selbst hat sogleich auf frischer That sich zu derselben bekannt. Und ob er gleich in der Folge behauptet, er wisse eigentlich nicht, was er gethan oder nicht gethan habe, weil er die That ohne Bewußtseyn ausgeübt hätte, und daher nur aus dem Blut an dem Hammer abnehmen können, daß er die Entleibte mit dem Hammer getödtet habe: so bezweifelt er doch selbst nicht, daß er der Thäter gewesen sey. Dies wird auch durch alle vorausgehende und nachfolgende Umstände bestätiget.

Denn Inquisit selbst räumt alle die Thatsachen ein, aus welchen die von ihm hervorgebrachte Wirkung begreiflich wird, und der Tod seiner Großmutter läßt sich nicht anders erklären, als wenn man ihn für den Thäter hält; auch läßt sein gleich nach der That abgelegtes Bekenntniß hierüber keinen Zweifel übrig. Die Frage ist also nur, wie weit ihm diese That zuzurechnen sey; wie denn auch alles, was er und sein Defensor für ihn anführt, nicht dahin geht, die That selbst als noch zweifelhaft darzustellen, sondern nur die Zurechnung derselben durch vorgegebenen Mangel des Bewußtseyns zu mindern.

Daß es dem Inquisiten zu der Zeit der That ganz an allem Bewußtseyn gefehlet habe, läßt sich keinesweges annehmen. Denn die vorhergenannte Zeugin Schmidtin verneinet dies, und schließt seine Besinnungsfähigkeit daraus, daß er sogleich nach der That den unter einem beträchtlichen Haufen Menschen befindlichen Grenadier Hinze erkannt, und ihn selbst daran erinnert hatte, daß er schon in Dömitz gesessen habe.

Dieses bestätiget die Kiepken, welche ihn zwar betrunken fand, aber dabey bemerkte, daß er noch immer seine Besinnung hatte, und das, was mit ihm gesprochen worden, ordentlich beantwortete.

Mitten in dem Toben vor der schrecklichen That hatte er noch so viel Besinnung, daß er, als ihm die thörichte Zerschlagung der Fenster vorgehalten wurde, antworten konnte: die Fenster gehörten ihm zu, und er könnte damit machen, was er wolle; ob man denn glaube, daß er betrunken sey? Ja er war seiner so weit mächtig, daß er der Zeugin kleinen kranken Sohn einigemal in die Stube brachte, und zu ihm sagte:

was thust du, kranker Peter, vor der Thür?
geh zu deiner Mutter!

Daß Inquisit nicht sinnlos gewesen sey, wird auch von dem Zeugen Kiepke bestätiget, und der 17jährige Lehrbursche Wießel ist gleicher Meinung.

Allein obgleich unter diesen Umständen nicht vorausgesetzt werden kann, daß Inquisit ohne Bewußtseyn gehandelt habe: so sind doch hinlängliche Gründe vorhanden, ihm eine solche Freyheit des Willens abzusprechen, welche zur vollkommenen Zurechnung der Handlung erfordert wird.

Das unvernünftige Toben des Inquisiten an dem Tage, wo er die That ausführte, giebt schon hinlänglich zu erkennen, daß er keinen ganz freyen Gebrauch seines Verstandes und Willens gehabt habe. Kurz vor Ausführung des Verbrechens hat Inquisit einigemal mit dem Kopf an die Thür gestoßen, wie die Zeugin Schmidtin versichert.

Dies läßt sich nicht erklären, wenn man nicht einen zerrütteten Gemüthszustand oder eine tiefe Verstellung voraussetzt. Zu dem letztern ist kein hinlänglicher Grund zu finden, weil unter den vor-

handenen Umständen kein durchdachter Mordplan wahrscheinlich ist. Wäre seine Absicht gewesen, als Thäter unbekannt zu bleiben, und nachher die Früchte seiner Mordthat als Erbe der Ermordeten zu genießen, so würde er nicht vorher die Aufmerksamkeit des Publici auf sich gezogen haben. Nun machte er aber nicht die geringste Anstalt, wodurch der Verdacht des Mordes auf einen andern geleitet werden, oder er der Strafe entgehen konnte.

Nimmt man einen Vorsatz zu tödten an, so läßt sich dieser nicht anders erklären, als aus Ueberdruß des Lebens, oder doch aus einem Mißvergnügen mit seinem Zustande, welches ihm jede andere Lage erwünschter machte, als diejenige war, in welcher er sich wirklich befand.

Es fällt in die Augen, daß er nur in der Hitze der Leidenschaft diesen Zustand für so unerträglich und unverbesserlich halten konnte, daß er sogar den Tod oder die Einsperrung im Zuchthause hätte vorziehen sollen. Daß Inquisit sich wirklich in Leidenschaft befand, ergiebt sich aus allem, was er am Morgen vor der That vornahm. Denn wenn auch schon aus den vorher angeführten Gründen ihm kein gänzlicher Mangel der Besonnenheit zugeschrieben werden kann, und obgleich einige Anzeigen vorhanden sind, daß er sich unsinniger angestellt habe, als er wirklich war, so ist doch auch gewiß, daß er nicht sowohl planmäßig handelte, als sich von jeder Vorstellung, die ihm eben aufstieß, hinreißen ließ. Daher brachte ihn zuerst die Betrachtung des Mangels, in welchem er sich befand, und die peinliche Gemüthslage, worein ihn der Zorn seines Vaters versetzte, auf den Gedanken, sich mit diesem auszusöhnen. Aber kaum vernahm er, daß sein Vater

doch

doch den Vorsatz, ihn, im Falle fernerer Ausschweifungen, ins Zuchthaus bringen zu lassen, nicht aufgegeben hatte, als nicht nur der Widerwille gegen seinen Vater, sondern auch der Gedanke wieder in ihm rege wurde, es sey besser, im Zuchthause versorgt zu seyn, als in der beständigen Erwartung desselben Mangel zu leiden.

Von diesem Augenblick an gerieth er wieder in neue Wuth, und es ist nicht unwahrscheinlich, daß der Gedanke an die von dem wenigen empfangenen Gelde zu ernährende Großmutter den Wunsch, daß sie sterben möchte, zu einem hohen Grad der Lebhaftigkeit gebracht habe.

Gesetzt auch, daß diese Vorstellung nicht geradezu die Absicht zu tödten hervorbrachte, so war sie doch gewiß die Veranlassung, warum die immer steigende Wuth des Inquisiten eben diese Person zu ihrem Gegenstande machte. Diese Wuth wurde noch durch seine Trunkenheit vermehrt.

Nun kann man zwar aus den schon oben angeführten Gründen nicht annehmen, daß Inquisit seine Besinnung ganz verlohren habe. Allein die Kiepken läßt sich doch darüber folgendergestalt aus:

> ja, betrunken sey er gewesen, und dessen Frau habe ihm zuerst für $\frac{1}{2}$ ßl. Branntwein gegeben, nach deren Abwesenheit aber er sich selbst noch zweymal, jedesmal für 5 Dreyer, Branntwein holen lassen, wie sie denn auch gesehen, daß er im Hause getaumelt habe.

Hiermit stimmt die Aussage ihres Ehemannes überein, obgleich auch beide versichern, seine Besinnung habe er nicht verlohren gehabt. Eben dieses versichert der Grenadier Hinze.

Wenn

Wenn dagegen andere, z. B. der 17jährige Wießel und der Gerichtsdiener Wießel, seine Betrunkenheit nicht bemerkt haben, so ist dieses nur von einem so hohen Grade der Trunkenheit zu verstehen, welcher dem Betrunkenen das Bewußtseyn benimmt, und nicht von einem solchen, welcher zwar nicht die Besonnenheit raubt, aber doch durch Verstärkung der Leidenschaften die Freyheit des Willens mindert; wie denn auch die zuletzt gedachten Zeugen nicht eben so gute Gelegenheit gehabt haben, seinen Gemüthszustand vor der That zu beobachten, als diejenigen, welche seine Trunkenheit bezeugen.

Bey so bewandten Umständen ergiebt es sich,

daß die Antwort des Inquisiten ad art. 21.

was ihn zu der Tödtung seiner Großmutter bewogen habe,

ganz richtig sey, wenn er sagt:

er sey mißvergnügt und desperat, und noch dazu betrunken gewesen;

und daß er die Sache nur in so fern übertreibe, als er einen gänzlichen Mangel des Bewußtseyns vorgiebt.

Das bloße Bewußtseyn der Vorstellungen, welche sich uns aufdringen, kann noch nicht als Merkmal der Freyheit des Willens betrachtet werden. Daher kommt es, daß bey Kindern keine eigentliche Zurechnung der That zur Strafe, sondern nur eine bloße Züchtigung stattfindet, wenn sie gleich von der That selbst und von ihren unmittelbaren Folgen sowohl, als von den Mitteln dazu, deutliche Vorstellungen gehabt haben; wie es denn auch bekannt genug ist, daß sogar Kinder unter 7 Jahren an der List, womit sie die ihnen verbotenen Handlungen ausführen, den Erwachsenen oft überlegen sind.

Die

Die Ursache, warum man an ihnen die Verbrechen, selbst diejenigen, deren Strafbarkeit ihnen bekannt war, nicht wie an andern Verbrechern straft, liegt also nicht an dem Mangel des Bewußtseyns, oder der zu Befolgung des Gesetzes nöthigen Vorstellungen, sondern an dem Mangel der Willenskraft, dem auf thierische Weise wirkenden Reize zum Verbrechen durch Grundsätze zu widerstehen.

Den Erwachsenen wird eine solche Willenskraft zugemuthet, weil die ganze Lehre von der Zurechnung der menschlichen Handlungen auf der Voraussetzung beruhet, daß die in speculativer Rücksicht zweifelhafte Freyheit des Willens dennoch in praktischer Rücksicht anzunehmen sey.

Diese Voraussetzung fällt jedoch hinweg, wenn der dem Scheine nach Handelnde nicht als wirklich handelnd betrachtet werden kann, d. i. wenn die Vorstellungen, welche ihm von außen und von innen zuströmten, von der Beschaffenheit waren, daß sie entweder unmittelbar auf die Kraft, welche den menschlichen Körper in Bewegung setzt, wirkten, wie z. B. bey dem Zurückfahren vor dem Blitze der Fall ist, oder doch die Willenskraft überwältigen mußten, so daß zwar ein Entschluß des Handelnden dazwischen kam, dieser aber durch die vorhergehenden Vorstellungen nothwendig hervorgebracht wurde, wie bey der Vorstellung von einer sonst unvermeidlichen Lebensgefahr, z. B. bey vorgehaltenen Pistolen, der Fall ist, und wo nur eine heroische Freyheit möglich ist, welche in der Regel von menschlichen Gerichten nicht gefordert werden kann.

Kleins Naturrecht, §. 26.

Höchstwahrscheinlich befand sich Inquisit in einer Gemüthsbewegung, deren Heftigkeit durch Trunkenheit war vermehret worden.

Daß

Daß Inquisit sich zur Zeit der That in einer außerordentlichen Wuth befunden habe, ergiebt sich aus seinen Handlungen. Man muß jedoch nicht aus der Acht lassen, daß dieses Toben, welches bey jedem andern Menschen einen Anfall von Raseren voraussetzen würde, bey ihm nicht so ungewöhnlich war, wie es bey andern Menschen zu seyn pflegt. Dieser Umstand ist in einer doppelten Rücksicht merkwürdig. Denn er zeigt uns einen dem Inquisiten eignen Fehler, und kann in der einen Rücksicht dazu dienen, die That weniger auf Rechnung der äußern Umstände, als des Thäters selbst zu schreiben; andern Theils aber führt er uns auf die Betrachtung, daß die Wirkung dieser fehlerhaften Fertigkeit zu handeln eben deswegen um so unvermeidlicher war, je größere Fortschritte Inquisit in dieser unseligen Fertigkeit gemacht hatte. Hierbey kommt besonders der von Klein

im Naturrecht, §. 8. und 43.

und

im Criminalrecht, §. 132. not. i.

gemachte Unterschied zwischen Gemüthsbewegungen und Leidenschaften in Betrachtung. Versteht man unter den erstern die eben eintretende überhingehende, mit starken Empfindungen verbundene, und durch einen gewissen Gegenstand veranlaßte Gemüthslage, unter Leidenschaften aber den durch Wiederkehr ähnlicher Gemüthsbewegungen vermehrten Reiz derselben Neigung: so fällt in die Augen, daß der Moralist, welcher sich mit der Besserung des ganzen Menschen, und also mit der Richtung und Ausbildung der ganzen Kraft beschäfftige, mit Recht die Bezähmung der Leidenschaften fordere, und daß also im Gerichtshofe des Gewissens die Ausflucht,

flucht, daß man einmal eine gewisse Leidenschaft angenommen habe, nicht gelten könne.

Noch weniger kann der Rechtsgelehrte, welcher da, wo das Gesetz keinen Unterschied duldet, gleiche Ansprüche an Alle macht, der Entschuldigung Raum geben, daß man einmal eine gewisse Neigung, andere zu beleidigen, angenommen habe. Er nimmt daher auch weniger, als der Moralist, auf die Schwierigkeiten Rücksicht, welche die Bezähmung der Leidenschaften hindern, weil er eine Leidenschaft durch die andere, nemlich die Leidenschaft, welche das Verbrechen veranlaßt, durch die Furcht vor der Strafe zu bezwingen sucht.

Nur so weit die Leidenschaft in dem körperlichen Zustande gegründet ist, d. i. in so fern das physische Temperament auf das Gemüth wirkt, hat sie auf die rechtliche Zurechnung Einfluß. Anders verhält es sich bey der Gemüthsbewegung, welche einen durch besondere Gegenstände veranlaßten vorübergehenden Zustand voraussetzt.

Hier helfen die Betrachtungen nicht, welche der Leidenschaft in ruhigen Zeiten entgegengesetzt werden könnten, und welche wenigstens im Stande waren, der Leidenschaft eine andere Richtung zu geben. Deswegen hat nicht nur der Moralist gegen dergleichen vorübergehende Gemüthslagen eine größere Nachsicht, sondern auch der Rechtsgelehrte muß von seiner Strenge nachlassen, sobald er mit einem Gemüthszustande zu thun hat, welcher der Einwirkung der Furcht vor der Strafe keinen Raum ließ.

Wendet man diese Sätze auf den gegenwärtigen Fall an, so ergiebt sich nachstehende Folgerung.

In so fern die Wuth, in welcher sich Inquisit befand, eine Folge seiner Gewohnheit war, sich

der

der Heftigkeit seiner Leidenschaft zu überlassen, in so fern kann sie ihm der Moralist gar nicht, und der Rechtsgelehrte nur so weit verzeihen, als er bey der ordentlichen Strafe den gewöhnlichen Zustand voraussetzt, in welchem Verbrecher dieser Art sich zu befinden pflegen.

Die Leidenschaften im eigentlichen Verstande können daher die Strafe zwar mindern, aber nicht gänzlich ausschließen. Je mehr aber die Leidenschaft in dem körperlichen Zustande des Verbrechers gegründet ist, desto mehr mindert sich die Zurechnung.

Im gegenwärtigen Falle ist es nun zwar nicht unwahrscheinlich, daß die Hitze des Inquisiten wenigstens zum Theil auf seiner körperlichen Beschaffenheit beruht; aber eben so wahrscheinlich ist es auch, daß derselbe die Gewohnheit angenommen habe, sich allen seinen Neigungen ohne Rückhalt zu überlassen. Daher sein müßiges herumschweifendes Leben, daher die Undankbarkeit gegen seine Großmutter, daher sein zänkisches Wesen, daher endlich sein Benehmen am Morgen des Tages, da er das Verbrechen beging. Alles wohl erwogen, heben sich also die Entschuldigungsgründe, welche sein physisches Temperament an die Hand giebt, gegen die Vorwürfe, die er sich durch die unterlassene Dämpfung und bessere Richtung seiner Leidenschaften zugezogen hat.

Es kommt daher vorzüglich auf die Beurtheilung desjenigen Gemüthszustandes an, in welchem er sich zur Zeit des begangenen Verbrechens befand.

Zu dieser Zeit nun hatte er, der unvernünftigen Handlungen ungeachtet, die er unternahm, dennoch seine Besinnung; diese äußerte er besonders durch Entfernung seiner Frau und seines Kindes und durch einen Theil seiner Gespräche; er dachte

sogar

sogar zu eben der Zeit an die Strafe, welche die Verbrecher in Dömitz erdulden, und es wäre also wol möglich gewesen, daß die Furcht vor der Strafe seinen bösen Entschluß hätte zurückhalten können.

Aber die Unzufriedenheit über seinen Zustand war groß, und die Gemüthsbewegung, in welche er dadurch versetzt wurde, so heftig, daß er mit dem Kopfe an die Thüre rannte, und die zerstörende Wuth, welche ihn in Bewegung setzte, erst an leblosen Dingen, dann gegen sich selbst, und endlich an seiner Großmutter ausließ. Wenn, wie Kleinschrod

in der systematischen Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts P. 1. §. 115 bis 128.

mit Recht annimmt, 1) der höchste Grad der Gemüthsbewegung (welche er, ohne Rücksicht auf den vorher gemachten Unterschied, Leidenschaft nennt), in so fern er ohne Schuld des Handelnden entsprungen und auf Abwendung eines Uebels gerichtet ist, alle Strafe ausschließt; 2) eine halbe Zurechnung aber da stattfindet, wo nicht nur die Entstehung, sondern auch die Dauer der Gemüthsbewegung in einem negativ bösen Willen (culpa) gegründet war, und der Affect die Vernunft ganz unterdrückte; und wenn 3) eine mehr als halbe Zurechnung eintritt, wenn etwas an den vorher gesetzten Bedingungen fehlt: so ist klar, daß Inquisit zwar nicht ganz straffrey bleiben, aber doch nicht mit der ordentlichen Strafe belegt werden könne.

Da die außerordentliche Strafe im Verhältniß gegen die ordentliche bestimmt werden muß: so kommt es zuvörderst auf die Entscheidung der Frage

an: welcher Strafe sich Inquisit schuldig gemacht haben würde, wenn man die Milderungsgründe hier nicht in Rechnung brächte.

Daß die Strafe des Todtschlags, welcher an Verwandten begangen wird, ebenfalls verschärft werden müsse, obgleich der Art. 137. der Peinlichen Gerichtsordnung dieses nicht anzudeuten scheint, ist keinem Zweifel unterworfen.

Kleins Criminalrecht, §. 336.

Aber die Absicht des Verbrechers selbst ist zweifelhaft, und es läßt sich daher auch nicht mit Gewißheit bestimmen, ob ein Mord oder ein bloßer Todtschlag anzunehmen sey.

Wenn man seiner eigenen Aussage allein nachgehen wollte, würde er dabey ganz und gar keine Absicht gehabt haben. Dieses ist aber nicht für richtig anzunehmen. Denn aus der Aussage der Schmidtin zum Protocoll vom 27 May 1797. und zum Protocoll vom 17 Jun. desselben Jahres ergiebt es sich, daß er seine Großmutter vielfältig gemißhandelt, ihr das Geld mit Gewalt abgenommen, und sie am Ausgehen verhindert habe. Nach der Aussage eben dieser Zeugin hat er seine Großmutter oft gewaltsamer Weise auf ihre Kammer gebracht, und sie so hineingeworfen, daß sie die Beine in die Höhe gehalten, und mit dem Kopfe bald hie, bald da angefallen. Auch hat sie zuweilen am Kopf und an den Händen geblutet, und versichert, daß dieses von den Mißhandlungen des Inquisiten herrühre. Dies bestätiget der Zeuge Kiepke in so fern, als er saget, Inquisit habe oft seine Großmutter mit Gewalt hineingetrieben, wenn sie habe ausgehen wollen; auch habe sie oft Mord geschrieen, aber schlagen habe er sie nicht gesehen.

Dieser

Dieser Aussage tritt der 17jährige Lehrbursch Wießel ebenfalls bey, und der Tischler Schmidt fügt hinzu, daß er selbst ihre blutigen Hände und Arme gesehen, und sie schreyen gehört; aber die Schlägerey habe er selbst nicht mit angesehen, wol aber habe er gehört, daß sie ihm zugerufen habe:

> für ihn wären drey Wege offen, nemlich er käme entweder nach Dömitz, oder müsse ins Wasser laufen, oder auch den blauen Rock anziehen.

Dagegen hat der Inquisit seiner Großmutter zurückgeschrieen:

> sie käme noch so nicht von der Welt, und stürbe keinen guten Tod.

Ob nun gleich Inquisit die Absicht, seine Vermögensumstände durch den Tod seiner Großmutter zu verbessern, ausdrücklich läugnet, und ob er gleich den vorhergedachten Zuruf der Großmutter darauf rechnet, weil sie selbst bisweilen nicht gewußt habe, was sie thue, von der darauf ertheilten Antwort aber nichts wissen will: so kann er doch auch diese Umstände nicht in Abrede stellen, und das Vorgeben, daß er sie bloß an dem unerlaubten Auslaufen hindern wollen, reicht wol nicht hin, sein übriges Betragen gegen sie zu entschuldigen.

Es ist daher kein geringer Verdacht vorhanden, daß er den Vorsatz, sie zu tödten, lange schon mit sich herumgetragen habe, und er würde, wenn es als erwiesen angenommen werden könnte, daß er die That selbst in dieser Absicht mit wohlüberlegtem Vorsatz ausgeführet habe, mit der Strafe des Rades zu belegen, diese aber nach dem Art. 137. der Peinlichen Gerichtsordnung zu verschärfen seyn.

Allein dieser Vorsatz bey der That selbst kann nicht als erwiesen angenommen werden, erhellet auch aus den Umständen nicht so klar, daß man ihn, des beharrlichen Leugnens des Inquisiten ungeachtet, für richtig annehmen könnte. Es ist vielmehr nach dem, was bereits oben angeführet worden, wahrscheinlich, daß Verzweiflung und Lebensüberdruß ihn dahin gebracht haben, seine Wuth und Zerstörungssucht an einer Person auszulassen, welche er ohnedies zu mißhandeln gewohnt war.

So großen Abscheu also auch die Unthat und der häßliche Gemüthscharacter des Inquisiten verdienet, und so nützlich es auch seyn möchte, die Welt von einem solchen moralischen Ungeheuer zu befreyen: so verstattet doch die Gerechtigkeit keine Todesstrafe, wo es nicht klar erhellet, daß der Verbrecher dieselbe verwirkt habe, und wo also rechtliche Gründe eintreten, auf eine außerordentliche Strafe zu erkennen.

Kleins Criminalrecht, §. 80.

Die bloße Gefahr des Publici giebt kein Recht zur Todesstrafe, sondern nur zur Sicherheits-Maaßregel, für welche zugleich durch die aus andern Gründen erkannte lebenswierige Gefangenschaft gesorgt ist.

Dagegen scheint es, als ob ein Todtschlag, welcher in der Absicht, hingerichtet zu werden, begangen ward, dennoch als ein Mord, oder doch als ein Todtschlag aus Jähheit und Zorn, mit der Todesstrafe belegt werden müsse. Allein außer den zur Widerlegung dieses Satzes von Klein

im Criminalrecht §. 292—294. und
in dessen Annalen, Band 9. S. 3. 19. und Band 7. S. 7. 8.

an-

angeführten Gründen tritt auch hier noch der Umstand ein, daß der Gemüthszustand des Inquisiten ohnedies die ordentliche Strafe ausschließt. Der lebenswierigen Zuchthausstrafe ist die jährliche Züchtigung am Tage des begangenen Verbrechens hinzugefügt worden, um den Abscheu gegen eine so unmenschliche That, als der Inquisit begangen hat, hinlänglich zu erkennen zu geben. Eben diese wiederholte Züchtigung war auch nothwendig, um der erkannten Strafe diejenige Furchtbarkeit zu geben, welche erforderlich ist, um diejenigen, welche in einer ähnlichen Absicht tödten, von Verbrechen dieser Art abzuhalten.

Da local-Umstände die jährliche Vollziehung der Züchtigung am Orte des begangenen Verbrechens hindern könnten: so hat der höchsten Behörde die Bestimmung eines andern Orts dazu überlassen werden müssen. Auch war es nöthig, dem Verbrecher selbst die Aussicht zu einem durch gute Aufführung zu bewirkenden bessern Zustand offen zu lassen, um einen, andern Menschen gefährlichen, Ausbruch der Verzweiflung zu verhüten. Ja man würde die Züchtigung auf die ersten 6 Male lediglich eingeschränkt haben, wenn nicht der bisherige schlechte, dem gemeinen Wesen gefährliche, Lebenswandel des Verbrechers, und also dessen eigene Schuld, schickliche Maaßregeln zu Besserung seiner dem Publico so nachtheiligen Gemüthsart nothwendig gemacht hätte.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall so, wie im Urtheil geschehen ist, erkannt werden müssen.

Wenn man diesen mit dem vorhergehenden Falle vergleicht, so wird man, der Ungleichheit der That ungeachtet, dennoch nicht nur die erkannte Strafe, sondern auch die Strafbarkeit selbst ziemlich gleich finden. Beide Inquisiten tödteten Personen, denen sie besondere Schonung schuldig waren, und es scheint sogar, als ob der Schwängerer, welcher die Geschwängerte tödtete, theils wegen des doppelten Mordes, theils wegen der großen Besonnenheit, in welcher er sich zur Zeit der That befand, eine größere Strafe verdient hätte. Allein wenn man auch die rechtlichen Gründe, welche sich auf die Ungewißheit der Todesursache beziehen, aus der Acht läßt, und blos dem natürlichen Abscheu gegen die That selbst nachgeht, so wird man dennoch den Mörder der wohlthätigen, obgleich lästigen Großmutter, mehr verabscheuen, als den, welcher seine ehemalige Geliebte zu einer Zeit mörderisch behandelt, da sie ihn seinem Vater verhaßt machte, und ihn durch Vorwürfe, oder wol gar durch Thätlichkeiten zu Thätlichkeiten reizte.

Wenn man aber auch den Abscheu gegen beide gleichsetzt, so wird man doch den Mörder der Großmutter für das Publicum ungleich gefährlicher finden, und es also gewiß billigen, daß man ihm die Aussicht zu einem in der Folge erträglichen Schicksale nur unter der Voraussetzung, daß er sich wohl betrage, eröffnet hat.

III.

III.

1) Ob in Deutschland derjenige, welcher mit seiner Schäferey die Felder der Eingesessenen eines Dorfes zu beweiden berechtiget ist, auch unter seine eigene Schaafe fremdes und Kostvieh nehmen, und solches auf der Dorffeldflur weiden dürfe?
2) Ob die eigenthümlichen Schaafe eines Setzschäfers für fremde und Kostschaafe zu halten?
3) Ob in der Regel und bey Ermangelung besonderer Landesgesetze in Deutschland der Bauer Schaafe halten, und sie auf der Feldflur des Dorfes weiden dürfe?
4) In wie fern in Deutschland eine Dorfgemeinde, in deren Flur einem Schäfereyherrn bereits die Weidegerechtigkeit zustehet, das Schaafhalten hergebracht haben müsse, um ihre Schaafe auf ihrer Feldflur weiden zu lassen?

Diese Fragen machten neben mehreren andern den Gegenstand eines Rechtsstreits aus, welchen die klagenden Eingesessenen des Unterdorfs Graitzschen an der Glaisa mit den Gebrüdern von Wangenheim, als Besitzern des daselbst belegenen Ritterguths, führten.

Das Dorf Graitzschen an der Glaisa gehört zu den Ortschaften des platten Landes, deren eingesessene Bewohner vom Bauerstande mehrere einzelne Dorfgemeinden bilden; welche aber dennoch in gewissen Dingen dergestalt mit einander vereiniget sind, daß sie in Rücksicht auf dieselben eine grössere Dorfgemeinde ausmachen.

Ernst Chr. Westphal iuu Deutsch. u. Reichsst. Privatr. 1 Th. 26 Abh. 6 Anm. S. 272.

Beide im Streit befangene Theile waren nemlich einig, daß das Dorf Graitzschen an der Glaisa in das Ober- und Unter-Dorf Graitzschen abgetheilet werde; daß jedes derselben seine eigene Feldflur habe; daß das Oberdorf und dessen Feldflur fürstlich Weimarischer, das Unterdorf und dessen Feldflur fürstl. Altenburgischer Hoheit sey; und daß dieses der Gerichtsbarkeit des fürstl. altenburgischen Kreisamtes Eisenberg unterworfen sey, dagegen die von Wangenheim die Gerichtsbarkeit über jenes im Dorfe und Felde haben. Es war ferner außer Streit, daß die von Wangenheim, unter andern Stücken, den dritten Theil ihres in dem Bezirke des Oberdorfes belegenen Rittersitzes von dem Fürstenthum Altenburg zu Lehen tragen, und vermöge ihrer vorgebrachten und von der Gemeinde Unter-Graitzschen anerkannten Lehenbriefe, werden sie von dem Fürstenthume Altenburg unter andern auch mit einer freyen Vieh- und Schaaftrift beliehen, in Ansehung deren beide Theile einig waren, daß denen von Wangenheim zwar die Triftgerechtigkeit, wie in der ganzen Flur des Dorfes Graitzschen, also auch in der unter der fürstl. Altenburgischen Landeshoheit belegenen Feldflur des Unterdorfs, jedoch mit Ausnahme der darin befindlichen Gärten und Weinberge, zustehe.

In

In Ansehung des Schaafhaltens verordnet die fürstl. Altenburg. L. O. 2 Th. 3 Cap. 20 Tit.

„Als auch nicht allein die vermögenden Bauern öfters viel Schaafe halten, sondern auch „zuweilen die andern, so keine Aecker haben, „dergleichen zu thun sich befleißigen, dadurch „die Triften engern, und denen, welche ihre „Ländereyen verdienen, verzinsen, und versteuern müssen, nicht geringe Beschwerung „zufügen: So sollen diejenigen, so keine „Aecker haben, auch keine Schaafe oder ander Vieh halten. Die andern Bauern aber, „welche Schaafe zu halten hergebracht „und berechtiget, mögen auf eine jede „Hufe acht, und also auf und ab, nachdem „ein jeder viel oder wenig Aecker hat, mehrere aber nicht, bey Verliehrung der übrigen, halten; es seynd aber an solche Anzahl „ordentliche Schäfereyen nicht gebunden. Die „Bauern sollen auch ihre Schaafe nicht allein „hüten, sondern solche mit für den gemeinen „Hirten treiben. Weil sich auch befindet, „daß die Schaaftriften an etlichen Orten „mit fremden Schaafen überlegt „werden, dadurch denn den armen Leuten, „so dieselben auf ihren Aeckern nehren müssen, „an ihrer Nahrung Abgang und Schaden zugefüget wird: So soll in jeder Stadt und „Flecken, bey diesfalls sich begebenden Irrungen, eine nahmhafte Anzahl Schaafe, „nach Gelegenheit und Vermögen der Grenzen, dahin sie hüten, gesetzet werden.„

Die Gemeinde Unterdorf-Graitzschen stellte wegen verschiedener Triftbedrückungen wider die Gebrüder von Wangenheim, als Besitzer des im Graitzschen

belegenen Rittersitzes eine Negatorienklage an. Die Gemeinde klagte unter andern, daß

I) die Beklagten nicht blos mit ihrem Ritterguts-, sondern auch mit anderm besonders dazu angenommenen fremden und zum Rittergute nicht gehörigen Schaafviehe der Kläger Flur zu behüten sich beygehen lassen; und daß

II) die Beklagten sich mit Ausschluß der klagenden Gemeinde der Trift dergestalt angemaßet, daß letztere gar kein Schaafvieh mehr halten könne und solle.

Die Beklagten leugneten zwar in Ansehung des ersten Klagepuncts, daß sie mit fremdem und zu ihrem Rittergut nicht gehörigen Schaafviehe die Flur der klagenden Gemeinde behüten lassen, ließen aber dabey vorkommen, daß die klagende Gemeinde ihnen solches nicht verwehren könne, da sie mit einer freyen Vieh- und Schaaftrift beliehen wären. Den zweyten Klagepunct räumten sie ein, da die klagenden Gemeinde-Mitglieder Bauern wären, welche daher, weil sie Schaafe zu halten nicht hergebracht hätten, dazu weder nach gemeinem Rechte, noch nach der Landesordnung berechtiget wären. Als die Gemeinde den ihr in Rücksicht auf den ersten Klagepunct rechtskräftig auferlegten Beweis dadurch behauptete vollführt zu haben, daß sie bewiesen, daß die Beklagten ihren Setzschäfern erlaubet, ihre eigene Schaafe unter die Heerde zu nehmen, und auf der Kläger Flur neben dem zum Rittergute gehörenden Schaafvieh zu weiden: so behaupteten dagegen die Beklagten, daß solches Meng- und Setzvieh sey, welches nicht für fremdes zum Rittergute nicht gehöriges Schaafvieh gehalten werden könne.

Die

Die hierdurch erzeugte und zur Entscheidung gestellte erste Frage:

„ob, bewandten Umständen nach, die Be„klagten für berechtiget zu halten, auch mit „fremdem, zu ihrem Rittersitze nicht gehöri„gen, Schaafviehe die Felder der klagenden „Eingesessenen des Unterdorfs Graitzschen zu „behüten?

ward aus folgenden Gründen wider die Beklagten entschieden.

Um bestimmen zu können, ob die Beklagten berechtiget sind, ihre unstreitige freye Schaaftrift in der Feldflur der klagenden Gemeinde mit fremdem Schaafviehe auszuüben, muß zuvor die Natur dieses Rechts und das rechtliche Verhältniß genau entwickelt werden, in welchem die Beklagten wegen dieser Triftgerechtigkeit gegen die Kläger stehen. Es ist bekannt, daß in Deutschland allererst mit dem emporgekommenen Ansehen des römischen Rechts das Recht der Servituten und dessen Eigenthümlichkeiten bekannt geworden.

Jo. Henr. Chr. de Selchow in elem. jur. germ. §. 446.

Wilh. Aug. Friedr. Danz im Handb. des heut. deutsch. Privatr. 2 Bd. §. 273.

Der Deutsche hatte zwar schon viele Grundrechte, die den römischen persönlichen und dinglichen Servituten ähnlich waren; aber es ist längst bemerket worden, daß manche solcher vaterländischen Grundrechte mit verschiedenem Erfolge in römische Dienstbarkeiten nachher umgeschaffen, und sie in die Form irgend einer römischen Servitut gezwängt worden sind.

Runde in den Grundf. des deutsch. Privatr. §. 283.

Bey

Bey solchen Grundrechten und Dienstbarkeiten, welche entweder im Thun bestehen, oder solchen, die zwar im Leiden oder Nichtthun bestehen, die aber auf ganzen Fluren, deren Bestandtheile bäuerische Güter sind, ausgeübet werden, erhielt sich das deutsche Recht länger in seiner Reinigkeit.

Runde a. a. O. §. 482.
Danz a. a. O. §. 274. 275.

Wenn gleich von Einigen behauptet ward, daß, der Annahme des römischen Rechts ohngeachtet, der Grundsatz desselben, daß eine Servitut im Thun nicht bestehen könne, als eine widernatürliche Spitzfindigkeit in Deutschland nicht angenommen worden sey,

Jo. Gottl. Heineccius in elem. jur. germ. lib. II. P. I. §. 129—131. 135.
de Selchow loc. cit. §. 447. not. 2.

daher wegen dieser Reformation des römischen Rechts in Deutschland die deutschen Bannrechte nach den Grundsätzen des römischen Servitutenrechts beurtheilet werden müßten: so hat doch dieser Lehrbegriff nicht aufkommen können, vielmehr ist man davon überzeugt geblieben, daß die Bannrechte nicht nach den Grundsätzen des römischen Servituten-Rechts, sondern des reinen deutschen Rechts beurtheilt werden müssen.

Nic. Hier. Gundling in der Samml. kleiner deutschen Schriften, 1 Th. Abh. 23. S. 454.
Runde a. a. O. §. 275.
Pütter in elem. jur. germ. priv. §. 629. not. 1. §. 637.
Danz a. a. O. §. 274. 275.

Verwickelter ward aber mit dem steigenden Ansehen der Romanisten und der neuern Germanisten der Lehrbegriff in Ansehung der Grundrechte der zweyten

Art.

Art. Da sie im Leiden und Nichtthun bestehen, so fanden diejenigen weniger Widerspruch, welche sie für Dienstbarkeiten der Grundstücke erklärten, sie für eine Vermehrung der Zahl der Servituten hielten, und die Lehren des römischen Servitutenrechts auf sie durchaus anwendbar fanden.

Runde a. a. O. §. 283.
Danz a. a. O. §. 282. 283.

Da aber viele es mit ihren Grundsätzen nicht vereinigen konnten, den deutschen Bauer, selbst sogar eine Bauergemeinde, für fähig zu halten, die wirkliche und wahre Proprietät seiner unterhabenden Grundstücke zu erwerben, sondern seine Erwerbsfähigkeit in Ansehung des Grundeigenthums nur höchstens bis zur Erlangung eines nutzbaren Eigenthums einschränkten; und deshalb der Meinung waren, daß dem Bauer und einer Bauergemeinde in Deutschland an den unter sich habenden liegenden Gründen in der Regel höchstens nur ein nutzbares Eigenthum, meistens aber nur ein bloßes jus superficiarium zugestanden werden könne, da nur der Staat und die Mitglieder der höheren Stände ein wahres Eigenthum an liegenden Gründen zu erwerben in der Regel fähig wären: so wollten die dem Gutsherrn, der zu einem der höhern Stände gehöret, an die dem Bauerstande überlassenen Grundstücke zustehenden Grundrechte sich mit dem römischen Servituten-Rechte, besonders dessen Hauptgrundsatze, nulla res suo domino servit,

L. 26. D. de S. P. V.
L. 5. pr. D. si usufr. petat.

nicht vereinigen lassen.

Um des Ansehens dieses Hauptgrundsatzes des römischen Servituten-Rechts willen mußten in den vor-

vorkommenden Fällen die Rechte dieser Art bald als wirkliche nach den römischen Rechtsprincipien zu beurtheilende Servituten, bald aber als deutsche Grundrechte erscheinen, auf welche, ihrer sonstigen Aehnlichkeit mit den Servituten ohngeachtet, das römische Servitutenrecht nicht angewendet werden kann, sondern die blos nach den Grundsätzen des deutschen Rechts zu beurtheilen sind. Die Schaaftriftgerechtigkeit, die ein Schäfereyberechtigter auf die Flur einer deutschen Bauergemeinde erworben hat, kann daher eben so gut eine nach dem römischen Rechte zu beurtheilende Dienstbarkeit, als ein nach dem reinen deutschen Rechte zu beurtheilendes Grundrecht seyn.

Ge. Dav. Struben rechtl. Bed. 1. Th. Bed. 122.
Car. Chph. Hofacker in princ. jur. civ. §. 1092. num. IV.

In jedem Falle muß also zuvörderst bestimmt werden, ob die Schaaftrift, welche den Rechtsstreit veranlaßt hat, dem dazu Berechtigten jure servitutis, oder ex alia cauſſa zustehe. In dem jetzigen zu entscheidenden Falle treten nun aber mehrere Gründe ein, um deren willen angenommen werden muß, daß die den Beklagten in der Flur der Kläger zustehende unstreitige Schaaftrift ihnen jure servitutis zu üben zustehe, und daß bey der Entscheidung der streitigen Rechtsfrage die Grundsätze des römischen Servituten-Rechts untergelegt werden müssen.

Es ist bereits in der Geschichtserzählung bemerkt worden, daß die Beklagten nicht der Kläger Grund- und Gerichtsherren sind, sondern daß die klagenden Eingesessenen des Unterdorfs Graitzschen unmittelbare oder fürstl. altenburgische herrschaftliche Bauern sind.

sind. Man mag daher der Libertati imperfectae rusticorum in Germania auch noch so enge Grenzen setzen: so kann die den Beklagten unstreitig zustehende Schaaftriftgerechtigkeit in der Feldflur der Kläger doch ihnen nicht als ein Recht beygelegt werden, welches ihre Vorgänger sich vorbehalten, als sie den Vorfahren der Kläger die jetzt zu beweidenden Grundstücke zur bauerischen Benutzung überließen. Die Beklagten können diese ihnen unstreitig zustehende Schaaftriftgerechtigkeit um so weniger als ein ihnen vermöge des ihnen zustehenden Obereigenthums an die Feldflur des Unterdorfs Graitzschen competirendes nach den Grundsätzen des reinen deutschen Rechts zu beurtheilendes Grundrecht betrachten, da sie selbst die Lehns-Investitur als den Rechtstitel dieser ihrer Gerechtigkeit namhaft machen, und sie als eine Lehnssache anerkannt haben. Hierzu gesellet sich das Ansehen, welches das römische Servitutenrecht in Deutschland erlangt, wodurch soviel bewirket ist, daß im zweifelhaften Falle alle Rechte, welche auf fremdem Grund und Boden ausgeübet werden, und welche im Leiden und Nichtthun des fremden Grundbesitzers bestehen, folglich auch eine Schaaftriftgerechtigkeit für eine Dienstbarkeit angenommen, und nach dem römischen Servituten-Recht beurtheilet werden muß.

Struben a. a. O.
Runde a. a. O. §. 282. 283.

Dieser Vermuthung muß in vorliegender Sache um so mehr nachgegangen werden, da die beiden streitenden Partenen in ihren rechtlichen Verhandlungen diese Schaaftrift beständig eine Servitut und Dienstbarkeit genannt haben, und hierüber nie in Contestation gekommen sind: obschon die Acten beurkunden, daß diese Schaaftriftgerechtigkeit, mit der die

Beklagten in der Feldflur Graitzschen beliehen sind, eine reiche Quelle von Rechtsstreitigkeiten gewesen ist, welche schon seit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts die Ritterguts-Besitzer mit den Eingesessenen des Dorfs Graitzschen geführet haben. Dieses wechselseitige langjährige Benehmen beider Parteyen würde unerklärbar seyn, wenn man daran zweifeln wollte, daß die Interessenten davon nicht völlig überzeugt gewesen, daß die Besitzer des Ritterguts diese Schaaftrift nicht jure servitutis, womit die Feldflur des ganzen Dorfs Graitzschen beschweret ist, besonders in der Feldflur des Unterdorfs zu üben berechtiget sind.

Dieses Argument hat gegen die Beklagten noch eine besondere Stärke. Denn da der Inhaber eines reinen deutschen Grundrechts weniger in Ansehung der Ausübung und der Gebahrungs-Befugniß eingeschränkt ist, als es nach den Grundsätzen des römischen Rechts ein Dominus servitutis ist: so ist es dem Schäfereyberechtigten vortheilhafter, wenn ihm seine Schaaftrift als ein deutsches Grundrecht zustehet, als wenn sie ihm als eine nach römischen Rechtsprincipien zu beurtheilende Dienstbarkeit competiret. Das äußere Verhältniß der Beklagten und ihrer Vorfahren verschaffte ihnen mehrere Gelegenheit, als den bauerischen Eingesessenen des Dorfs Graitzschen, sich von dem rechtlichen Werthe des Unterschiedes zwischen einem Rechte, das dem Inhaber desselben als ein Grundrecht zustehet, und dem belehren zu lassen, welches ihm jure servitutis competirt.

Muß nun also die Schaaftrift der Beklagten als eine Dienstbarkeit nach römischem Rechte beurtheilet, und müssen daher die Beklagten als Domini pascendarum ovium, die Kläger aber als Do-

mini

mini praediorum servientium betrachtet werden: so muß ferner die Frage, ob diese den Beklagten zustehende Servitus ovium pascendarum eine Servitus anomala sive personalis, oder praedialis rustica sey? um so mehr noch untersucht werden, je wichtiger der Einfluß dieser Erörterung auf die Entscheidung der Hauptfrage ist. Ueberwiegender Gründe wegen muß die Schaaftrift, mit welcher die Beklagten beliehen werden, als eine servitus praedialis, quae debetur a praedio serviente praedio dominanti ita, ut quis mediante praedio, cui servitur, utilitatem percipiat,

Hofacker l. c. §. 1082.

gehalten werden.

In Deutschland sind zwar die Schäfereyen häufig, die man nicht als Zubehörungen und Gerechtigkeiten einzelner Landgüter betrachten kann, sondern die vielmehr so ganz und für sich selbst bestehen,

Struben a. a. O. 4 Th. Bed. 117. §. 1. 3. not. e.

und bey denen daher, wenn ihrem Eigenthümer die Trift- und Weidegerechtigkeit als eine Dienstbarkeit zustehet, kein Praedium dominans, et cui servitur, anzutreffen ist. Dieses scheinet denn auch der Fall zu seyn, in welchem die Beklagten sich befinden. Denn vermöge ihres untadelhaften beygebrachten Lehenbriefes werden sie nebst mehreren andern Gütern und Gerechtigkeiten auch mit ihrer freyen Vieh- und Schaaftrift in der Flur des Dorfes Graitzschen dergestalt beliehen, und diese Schaaftrift nebst den andern ihnen zu Lehen eingegebenen Stücken wird dergestalt in dem Lehenbriefe aufgeführet, daß der Zusammenhang und die Fassung dieses Lehenbriefes es nicht erlaubt, diese Schaaftrift für eine infeu-

dirke Zubehörung zu irgend einem Lehn- oder Allodial-Grundstück zu achten.

Henr. Chr. Senckenberg in prim. lin. jur. feud. §. 207. sq.

Es scheinet daher, als wenn die Beklagten mit dieser freyen Schaaftrift, als einem für sich bestehenden Rechte, und als einer Servitute anomala beliehen würden. Denn, wenn gleich einige Lehnrechtslehrer der Meinung sind, quod servitus realis sub titulo feudi constitui sine dubio possit, licet fundus aliquis simul non concedatur, dummodo vasallus praedium habeat, cui servitus deberi possit, e. gr. *si dominus de jure pascendi in suo, domini fundo, investiat vasallum, possessorem alterius fundi;*

Casp. Henr. Horn in jurispr. feud. cap. 7. §. 21.

so setzen sie doch allezeit voraus, daß von der Infeudation einer Dienstbarkeit, als einer Servitutis realis, die Rede sey. Wenn nun aber die Erfahrung zeigt, daß man in Deutschland, ohne ein Landgut zu haben, ein Eigenthümer einer Schäferey seyn könne: so ist es sehr begreiflich, daß die dem Schäfereyherrn als eine Dienstbarkeit zustehende Schaaftrift- und Weidegerechtigkeit, da ohne Weiderecht keine Schäferey bestehen kann, sehr gut in Deutschland auch als eine servitus anomala et personalis bestellet seyn könne, wenn gleich dem Römer die servitus pascendi nur als eine servitus praedialis bekannt war. In dieser Hinsicht haben auch längst angesehene deutsche Feudisten schon gelehret: Jura servitutum etiam in feudum recte dantur, et quidem non solum *quatenus immobilibus adhaerent, sed et separatim; modo servitus ita sit comparata, ut sine praedio exerceri queat.* Quamvis enim servitutes non posse separatim possideri, objiciant

alii:

alii: certum tamen est, eas posse quasi possideri, seu exerceri. Sic Princeps potest aliquem investire *de servitute pascendi in pratis suis vicinis. nec opus est, ut de vicino suo praedio vasallum simul investiat.*

Jac. Gabr. Wolf in elem. jur. feud. cap. 4. §. 24.

Dieses wird denn ferner dem Anscheine nach noch durch die Betrachtung bestärket, daß in Deutschland viele Güter angetroffen werden, bey denen entweder gar kein, oder ein höchstunbedeutender Ackerbau angetroffen wird; bey denen aber der Viehstand erheblich ist, und bey denen die Viehzucht die ergiebigste Quelle des Ertrages und Einkommens ausmacht. Wenn nun sogar nach dem Grundsatze des römischen Rechts, pecoris pascendi servitutes, si praedii fructus maxime in pecore consistant, praedii magis, quam personae videntur,

L. 4. D. de S. P. R.

bestimmet werden muß, ob eine Viehtriftdienstbarkeit eine Servitus praedialis oder personalis sey: so scheinet es, daß nicht einmal nach den Grundsätzen des römischen Servitutenrechts es ein naturale, geschweige denn ein essentiale, servitutis pecoris pascendi, mithin auch der servitutis ovium pascendarum sey, daß sie als eine servitus praedialis constituiret werde.

Allein es treten überwiegende Gründe ein, um deren willen die den Beklagten in der Feldflur der Kläger zustehende Schaaftriftgerechtigkeit den Beklagten in Rücksicht auf ihr in dem Dorfe Graitzschen belegenen Rittersitzes und Behufs der bessern ökonomischen Benutzung desselben, mithin als eine servitus praedialis nach Lehenrechte verliehen wor-

den. Denn die eben angeführte Stelle des römischen Rechts,

L. 4. D. de S. P. R.

unterstützet eher die Prädialität dieser Gerechtigkeit, als ihre Personalität. Dieses Gesetz will jede Trift- und Weidegerechtigkeit so lange als eine servitutem praedialem rusticam angesehen wissen, als nicht wegen eintretender ganz besonderer Gründe eine Ausnahme davon anzunehmen, und sie deshalb für eine servitus, quae personae esse videtur, zu halten ist. Der Umstand, daß das Praedium, cujus pecora pasci debent, mehr Viehzucht als Ackerbau treibe, kann, vermöge dieses Gesetzes, diese Ausnahme nicht begründen. Die Worte dieses Gesetzes: si praedii fructus maxime in pecore consistant, beziehen diesen Umstand nicht. Sie beschränken auch den in den Worten: pecoris pascendi servitutes praedii magis, quam personae videntur, liegenden Hauptsatz nicht nur nicht, sondern bestätigen und bestärken solchen vielmehr, weil das ganze Gesetz so verstanden werden muß, als wenn geschrieben stünde: pecoris pascendi servitutes praedii magis, quam personae videntur; etsi oder quamvis praedii fructus maxime in pecore consistant.

Petr. Costalius in adversar. ad Pand. lib. 8. tit. 3. ad l. 4. et 37.
Ant. Faber in rational. ad Pand. lib. 8. tit. 3. pr. et l. 4.
Jo. Strauchius in Lexic. part. jur. voc. *Si* §. 7. 9. pag. 236.
Barn. Brissonius de Verb. signif. lib. VI. voc. *Si*. §. 3.

Ist es demnach nach dem römischen Servitutenrechte gewiß, daß in der Regel jede servitus pecoris pa-

pascendi für eine servitus praedialis rustica gehalten werden muß; und ist es ein in Deutschland anerkannter Grundsatz, daß die Servituten nach dem römischen Servituten-Rechte beurtheilet werden müssen:

Runde a. a. O. §. 283.
Danz a. a. O. §. 273. 282. 283.

so kann es wol nicht weiter bezweifelt werden, daß die den Beklagten in der Feldflur der Kläger zustehende Schaaftriftgerechtigkeit für eine Dienstbarkeit zu halten sey, welche den Beklagten zum Besten ihres in Graitzschen belegenen Rittersitzes zum Lehen gegeben worden. Daher möchte es scheinen, daß die Beklagten wohl befugt, diese ihre Gerechtigkeit nach ihrer Willkühr mit eigenen oder fremden in Kost genommenen Schaafen zu üben; daß diese Dienstbarkeit nicht als eine Servitus sic imposita, ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur,

L. 3. pr. D. de S. P. R.

anzusehen; und daß die Kläger nicht für berechtiget zu halten, den unter dem eigenen zum Rittersitze der Beklagten gehörigen Schaafvieh befindlichen fremden Schaafen das Weiden auf ihrer Feldflur zu verwehren.

Es scheinet nemlich, daß die Beklagten berechtiget sind, die ihnen zustehende Schaaftrift, als ein rechtmäßiges Mittel zu gebrauchen, um sich jeden erlaubten Vortheil zu verschaffen, und diese Gerechtigkeit für sich möglichst einträglich zu machen, daher auch fremdes, zu ihrem Rittersitze nicht gehöriges Kost-Schaafvieh auf der Kläger Feldflur weiden zu lassen. Da ihnen überdem eine freye Schaaftrift verliehen worden ist, so scheinet dieser Auf-

nahme des fremden Kost-Schaafviehes das aus dem Wesen der Dienstbarkeiten so richtig abgeleitete allgemein bekannte Princip des römischen Rechts: servitute civiliter esse utendum,

Danz a. a. O. §. 283. S. 529.

um so weniger entgegen zu seyn, da ein fremdes Schaaf nicht mehr als ein eigenes frißt, mithin es den Klägern an einem gegründeten Widerspruchs-Interesse gänzlich mangele.

Allein die Gesetze lassen die Servitutes praedia-les in der Regel bloß in der Absicht zu, daß ihre Ausübung entweder den Ertrag, oder die Bequemlichkeit und Anmuth des Praedii dominantis für den Eigenthümer oder Besitzer desselben erhöhen, mithin der Dominus servitutis praedialis solche nur mittelbar durch sein Praedium benutzen solle.

Hofacker l. c. §. 1083. num. II.

Daher ist es ausgemachten Rechten, quod utilitas pecoris pascendi in alieno agro servitutis, *non tam ad pecoris pascendi, quam ad praedii dominantis commodum referatur;*

Ant. Faber l. c.

und sind deshalb vorzüglich mit die servitutes servitutum in der Regel von den Gesetzen für unzulässig erkläret worden.

L. 33. §. 1. D. de S. P. R.

Auch der Dominus servitutis ovium pascendarum muß daher seine Dienstbarkeit in Hinsicht auf diesen allgemeinen bey den servitutibus praedialibus eingeführten Grundsatz so ausüben, daß die Art ihrer Ausübung mit den Grundsätzen einer guten Wirthschaft übereinkomme, und daß dadurch die Bewirthschaftung des Praedii dominantis gewinne.

Es

Es kommt aber mit den Grundsätzen einer guten landwirthschaft nicht überein, wenn der bey einem landgute befindliche Viehstand in einem ökonomischen Mißverhältnisse stehet: so wenig als man sagen kann, daß eine Schäferey ihrem Eigenthümer den erlaubten höchsten Nutzen gewähre, wenn die Schaafe nicht das Eigenthum des Schäfereyherrn, sondern fremdes Eigenthum sind. Diesen Grundsätzen gemäß ist es eine längst in den deutschen Gerichtshöfen angenommene Regel, daß einem Domino servitutis praedialis pascendi pecoris nur erlaubt sey, mit so vielem Viehe die beschwerte Flur zu betreiben, als der Haushalt des Praedii dominantis nach richtigen ökonomischen Principien zu halten erfordert, und darauf mit eigenem Futter durchwintert werden kann, außer wenn die Triftgerechtigkeit nicht entweder als eine servitus personalis et anomala constituiret, oder eine gewisse Häupterzahl des Viehes bestimmet und festgesetzet worden ist, welche auf dem fundo serviente gewehret werden können.

Struben a. a. O. 4 Th. Bed. 117. §. 3.
de Pufendorf Tom. I. obs. 123. Tom. IV. obs. 109.
Westphal a. a. O. Abh. 29. §. 1.
Gemeinnütz. jur. Beob. und Rechtsfälle, 3 Bd. §. 130. u. f. S. 205.
v. Benckendorf in Oecon. forens. 1 Bd. 1 Hauptst. §. 14. 110.
Jo. Ad. Theoph. Kind quaest. forens. Tom. II. cap. 59. p. 332.
Danz a. a. O. §. 283. S. 525. 526.

Eben so wenig kann man, wie bereits bemerkt worden ist, sagen, daß der Eigenthümer einer Schäferey solche auf die bestmöglichste erlaubte vortheilhafte Art benutze, wenn sie nicht mit seinem eigenen, sondern fremdem in die Kost genommenen

Schaafviehe besetzet ist. Es kann demnach unmöglich mit den Regeln einer guten wirthschaftlichen Benutzung einer Schaaftriftgerechtigkeit übereinkommen, wenn der Inhaber derselben die ihm zustehende Schaafweide mit fremdem und Kostviehe behüten läßt. Und wenn jeder Dienstbarkeitsbestellung stillschweigend die Bedingung beygefügt wird, daß solche pfleglich geübet werden solle, so läßt sich nicht vermuthen, daß bey der Bestellung der Dienstbarkeit der Schaaftriftgerechtigkeit die Absicht des Constituenten dahin gegangen sey, daß der Dominus servitutis solche auch mit fremdem Viehe ausüben, und mit Kostschaafen die beschwerten Felder behüten solle.

Und wenn es gleich wahr ist, daß ein Kostschaaf nicht mehr als ein eigenes frißt, so ist doch die daraus gezogene Folgerung, daß nemlich dominus fundi servientis dabey kein Interesse habe, ob die servitus pascendarum ovium mit eigenem oder Kostviehe geübet werde, nicht richtig. Denn allerdings hat der Dominus praedii servientis eine Uebertreibung der Weide eher zu befürchten, wenn der Dominus servitutis fremdes Vieh auf die Weide bringen darf. Sehr gute Gründe werden einen guten Wirth abhalten, die Weide nicht zu übertreiben, wenn die Heerden sein Eigenthum sind. Durch Uebertreibung der Weide schadet sich der Weideberechtigte aber nicht bloß selbsten, und verräth dadurch, daß er kein guter Landwirth sey, sondern er schadet dadurch auch selbst dem Weideplatz. Der Dominus serviens wird allerdings daher durch jede Uebertreibung der Weide gekränket, und berechtiget, darüber, als über einen ihm schädlichen unpfleglichen Gebrauch der Dienstbarkeit, zu klagen, und sich diesem Mißbrauche zu widersetzen. So

offen-

offenbar daher sein hierunter versirendes Interesse ist; so offenbar muß es seyn, daß, da eine solche Uebertreibung zu besorgen ist, wenn die servitus pecoris pascendi mit fremdem Viehe geübet werden darf, er berechtiget genug ist, nicht zu leiden, daß der Dominus servitutis fremdes Vieh auf den Weideplatz, selbst ohne Uebertreibung der Weide, bringe. Denn in diesem Falle würde doch zu besorgen seyn, daß der Dominus servitutis in den Besitz eines Rechts komme, wodurch die Dienstbarkeit für den Dominum servientem härter würde.

Der Dominus serviens ist auch dem Betreiben seiner beschwerten Feldflur mit fremdem Viehe in der Regel auch noch dann sich zu widersetzen berechtiget, wenn die Dienstbarkeit auch mit dem Beysatze einer freyen Trift constituiret worden ist.

Ea enim, quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur,

L. 64. D. de R. J.

ideoque semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut, si non adpareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur,

L. 34. D. eod.

maxime, cum, quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est.

L. 67. D. eod.

Nach gemeinen Rechten die Sache betrachtet, ist überdem die servitus pecoris pascendi, und derselben Arten, wie viele andere, eine solche, quae potius in facto, quam in jure consistit;

Gemeinnütz. jur. Beob. und Rechtsfälle a. a. O. §. 57. u. f. S. 90.

und müssen die daben vorkommenden einzelnen Fragen, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich entschieden sind, nach Anleitung der allgemeinen, aus der Natur und dem Wesen der Servitutum praedialium abgeleiteten Grundsätze entschieden werden.

L. 12. 13. D. de LL.

Ist also gleich unsere Hauptfrage ausdrücklich in dem gemeinen Rechte nicht entschieden: so verdienet doch die Meinung derjenigen, welche sie verneinen, einen allgemeinen Beyfall.

Just. Henn. Boehmer in introd. in jus Digest. lib. 8. tit. 3. §. 9.
Jo. Voetius in comm. ad Pand. lib. 8. tit. 3. §. 10.
Leyser specim. 108. med. 7.
Jo. Aug. Hellfeld in jurispr. for. §. 678.

wenn nur dem Ausdrucke: fremdes Vieh, ein richtiger Sinn untergelegt wird, wovon die Entscheidung der zweyten Frage:

„ob das Mengvieh oder Setzvieh für fremdes und Kost-Schaafvieh zu halten, und „also Kläger solches auf ihrer Flur zu leiden „nicht schuldig sind?„

abhängt. Wenn bey Rechtsstreitigkeiten, welche servitutes pecoris pascendi praediales erzeugen, der Unterschied zwischen eigenem Viehe des Domini servitutis, und fremdem, einen Einfluß auf ihre Entscheidung hat, ist das Kennzeichen des eigenen Viehes nicht in dem Eigenthumsrechte zu suchen, das dem Domino servitutis an das Vieh zustehet. In dieser Hinsicht kann, so auffallend die Behauptung im ersten Augenblick auch ist, das wirklich eigenthümliche Vieh des Domini servitutis **fremdes** Vieh, dagegen wirklich fremdes Vieh **eignes** Vieh genannt werden müssen. Denn in causis servitutum praedialium

lium pecoris paſcendi iſt alles wirklich eigenthümliches Vieh des Weideberechtigten, das nicht zu dem Viehinventarium des Praedii dominantis, ſo weit es mit dem eigenen auf dem Praedio dominante gewonnenen Futter durchwintert werden kann, gehöret, fremdes Vieh, was der Dominus ſerviens auf ſeiner beſchwerten Flur hüten und weiden zu laſſen nicht verbunden iſt. Servitus enim pecoris paſcendi, ut realis ſit ac praedio debeatur, requiri videtur, ut talia paſcantur animalia, quae *praedii vicini inſtrumento continentur, adeoque acceſſoria ſunt.*

L. 3. pr. D. de S. P. R.
Voetius l. c.

Der Dominus ſervitutis pecoris paſcendi darf daher ſeine Weide- und Trift-Dienſtbarkeit nur mit dem Viehe desjenigen Gutes, zu deſſen Vortheil die Dienſtbarkeit beſtellet worden, nicht aber mit ſeinem eigenthümlichen Viehe eines andern Gutes ausüben, als welches Vieh in dieſer Hinſicht die Benennung des **fremden** erhält.

Leyſer ſpec. 108. med. 7.

Allein deſſelben Grundes wegen können die Schaafe, welche der Setzſchäfer ins **Gemenge** gebracht, und daher **Setz-** oder **Mengvieh** genannt werden,

Gothofr. Chr. Leiſſer in jur. georgic. lib. 2. cap. 8. num. 14. ſq.

nicht für fremdes Vieh gehalten werden. Obgleich durch das Setzen der Schaafe in das Gemenge der Eigenthümer dieſer Schaafe nicht verändert wird, und der Schäfereyherr derſelben Eigenthum nicht erlangt: ſo wird doch dieſes Setzvieh unter der Benennung des **eigenen** mitbegriffen, das Annehmen des Mengviehes den Regeln einer guten Wirthſchaft nicht für entgegenlaufend, ſondern derſelben für

ſehr

sehr gemäß gehalten, und es kann einem Domino servitutis ovium pascendarum nicht verwehret werden, solches Mengvieh, als das seinige, in der beschwerten fremden Flur hüten und weiden zu lassen. Das Schaaf verlangt eine besondere vorsichtige Behandlung in seinem gesunden und kranken Zustande, und eine vorzügliche Aufmerksamkeit in Ansehung der Wahl seiner Nahrungsmittel, besonders in der offenen Weide. Daher ist nicht jeder Mensch dazu tüchtig, daß ihm die Aufsicht und Wartung, Pflege und Hütung einer Schaafheerde anvertrauet werden könne, sondern es wird dazu ein Mensch erfordert, der sich diese Erfordernisse als ihn auszeichnende Kenntnisse erworben, und solche erlernt habe.

Leisser I. c. cap. 14.

Zedlers Universal-Lexicon, 34 Bd. voc. Schaaf, S. 619. u. f. und voc. Schäfer, S. 740. u. fg.

Die Schäfer bilden daher in Deutschland eine besondere Classe gelernter Hirten, deren Mitglieder, ob sie gleich nicht zünftig sind, in Schaafmeister, Schaafknechte und Schaafjungen eingetheilet werden, und welche, wegen ihres Einflusses auf die Behandlung der in Deutschland so wichtigen Schaafzucht, die Aufmerksamkeit der deutschen Territorialgesetzgebungen so sehr auf sich gezogen, daß ihrer wegen nicht nur eigene Schäfer-Ordnungen gesetzlich promulgiret worden, sondern auch in Ansehung ihrer besondere Rechte eingeführet sind. Daher legt man in Deutschland einem Schäfer in Schäfereysachen um so mehr eine besondere Kenntniß bey, da bereits das römische Recht erlaubet, *imperitiam* opilionis *culpae* adnumerare. Si quis igitur vitulos pascendos conduxit, culpam eum praestare debere, et, quod *imperitia peccavit*, *culpam esse*, Celsus scripsit: quippe, *ut artifex conduxit*.

L. 9. §. 10. D. loc. cond.

Die

Die meisten deutschen Schäfereyen stehen denen zu, welche keine Schäfer sind, die daher ihre Schäfereyen Miethsschäfern überlassen müssen: und der größte Theil der deutschen Schäfer ernähret sich und die Seinen dadurch, daß er die Locationem operarum pastoriciarum als sein eigentliches Nahrungs- und Erwerbmittel treibt. Da dem Staate an der Erhaltung der Schäfereyen äußerst gelegen ist, ihm auch oblieget, das Eigenthum seiner Unterthanen gegen die Beschädigung ihrer Nebenmenschen möglichst zu sichern; der conductor operarum pastoriciarum opilionis aber seinem Miethsschäfer in seiner Schäferey einen beträchtlichen Theil seines Vermögens anvertrauen muß: so ist der deutsche Miethsschäfer von jeder Unterart dem Schäfereyherrn zum Betriebe seiner Gerechtigkeit unumgänglich nothwendig; dagegen ist es sehr billig, daß in Ansehung des Miethvertrages dieser Art, Eigenheiten erlaubt werden, wodurch sich der conductor operarum versichern kann, daß der opilio locator operarum sich möglichst befleißigen werde, seinem Versprechen bestens nachzukommen. Hierzu nun ist nichts geschickter, als das Gemenge und der Setzcontract, es mag nun derselbe in der Gestalt eines pacti adjecti innominati, oder eines contractus societatis,

Leisser l. c. cap. 8. num. 14. 15.

errichtet worden seyn. Denn, indem der Miethsschäfer dadurch verpflichtet wird, eine bestimmte Anzahl seiner eigenen Schaafe, außer der er sonst nirgendwo noch eigene Schaafe haben darf, bey dem Antritt seines Dienstes mit zur Stelle zu bringen, sie unter die Heerde seines Miethers zu mischen, und ihnen im Stalle und auf der Weide mit des Miethers Schaafen eine gleiche gemeinschaftliche

liche Aufsicht und Pflege angedeihen zu lassen; so bewirket dieses Uebereinkommen, daß nicht nur die schädlichen Folgen der Unachtsamkeit des Schäfers sein Eigenthum in einem gleichen Maaße treffen, sondern auch, daß der Schäfereyherr wegen seines etwanigen Entschädigungsrechts gegen den Schäfer gesichert werde. Das Wesen dieses Setzcontracts bringt es aber auf der andern Seite mit sich, daß der Schäfereyherr die Kosten des Unterhalts für dieses Mengvieh hergeben müsse, und verpflichtet ist, zuzugeben, daß mit seinem eigenen Viehe dieses Mengvieh einerley Fütterung im Stalle erhalte, und auf denselben Weiden gehütet werde. Eben daraus folget, daß, wenn die durch das eingebrachte Setzvieh des Schäfers die Stärke dieser zusammengesetzten Heerde sich so sehr vergrößert, daß diese zusammengesetzte Heerde nicht mehr von dem eigenen Futter des Schäfereyherrn durchgewintert werden kann, der Schäfereyherr die Zahl seiner eigenen Schaafe vermindern muß, um die bedungene Zahl der Setzschaafe aufnehmen zu können, wenn er nicht mehr Schaafe halten darf, als er mit eigenem Futter durchwintern kann.

Es bleibt zwar, wie gesagt, das eingesetzte Mengevieh in Ansehung des Eigenthums und der Benutzung für den Schäfereyherrn immer fremdes Vieh; aber in Ansehung des Unterhalts, der Fütterung, und der Wunne und Weide verliert sich der Unterschied der Eigenthümer. Vielmehr tritt das Setzvieh des Schäfers in Ansehung der Fütterung und der Weide ganz in das Verhältniß der dem Schäfereyherrn eigenthümlich zustehenden Schaafe. Es kann daher einem Domino servitutis ovium pascendarum in Deutschland aus dem Grunde, daß er die beschwerte Weide nicht mit fremden Schaafen

behüten laſſen dürfe, nicht verboten werden, das unter ſeinen eigenen Schaafen befindliche Mengevieh auf dem praedio ſerviente hüten zu laſſen:

arg. L. 2. §. 1. D. de uſ. et habit.
arg. L. 3 — 8. 10. §. 4. eod.

am allerwenigſten aber dann, wenn die Landesgeſetze entweder befehlen, daß der Schäfer nur mittelſt des Setzcontracts gedungen werden ſolle, oder doch wenigſtens erlauben, daß der Schäfermiethling als Setzſchäfer gemiethet werden könne. Denn es iſt offenbar, daß in dieſem Falle dem Domino ſervitutis paſcendarum ovium der Gebrauch eines neceſſarii adminiculi legalis aut liciti ſervitutis ſuae widerrechtlich entzogen werden würde.

Wenn aber alſo auf der einen Seite die Kläger darin zu weit gehen, daß ſie den Beklagten verbieten wollen, das Mengevieh ihrer Setzſchäfer in der Kläger Feldflur zu weiden: ſo gehen die Beklagten auf der andern Seite darin zu weit, wenn ſie die dritte Frage:

„ob in der Regel, und ſelbſt bey Ermangelung
„beſonderer Landesgeſetze, in Deutſchland die
„Bauergemeinden Schaafe halten, und mit
„denſelben die Dorf-Feldflur behüten laſſen
„dürfen?„

verneinen, und deshalb ſchon ſich für berechtiget halten, den Klägern zu verbieten, mit ihren Schaafen ihre Feldflur behüten zu laſſen.

Denn nach den Grundſätzen des gemeinen deutſchen Rechts iſt das Schaaf kein ſolches Thier, das ein zu Dorf und Feld beſeſſener Bauer ohne beſondere Erlaubniß nicht halten, oder mit dem er

ſeine

seine eigenen Grundstücke und die gemeinen Weiden nicht betreiben dürfte.

Danz a. a. O. §. 283. S. 551.
Westphal a. a. O. 29 Abh. §. 1. S. 312.

Noch weniger ist es demnach einem Inbegriff mehrerer zu Dorf und Feld begüterten, eine Corporation bauerischen Standes ausmachenden Einwohnern eines Dorfes nach gemeinen deutschen Rechten untersagt, vermöge ihrer natürlichen Freyheit, ohne vorher dazu erlangte besondere landes- oder gutsherrliche Vergünstigung sich Schaafe zuzulegen, sie zusammen in der Art einer Heerde der Aufsicht und Pflege eines gemeinschaftlichen Schäfers unterzugeben, und mit denselben die Flur des Dorfs beweiden zu lassen.

Joh. Ge. Estor klein. Schrift. 3 Th. S. 760.
Danz a. a. O. §. 254. S. 477.

Und ob es gleich nicht an Rechtsgelehrten gemangelt hat, die sich bestrebet haben, auf Unkosten der bürgerlichen Freyheit der Unterthanen den Umfang und die Zahl der Regalien ungebührlich zu erweitern und zu vermehren: so ist doch unter ihnen keiner, der es versucht hätte, aus dem Rechte Schaafe zu halten, und die Schaafzucht als einen eigenen Nahrungs- und Erwerbzweig zu treiben, ein Regal zu bilden, dessen sich kein Unterthan ohne vorher dazu erlangte besondere landesherrliche Vergünstigung anmaßen dürfe. Es fehlet freylich nicht an einzelnen Landesgesetzen und Rechtsgelehrten, welche den Unterthanen des Bauernstandes das Recht einer Schäferey absprechen, wenn sie dazu nicht die landesherrliche Vergünstigung erlangt haben.

v. Benckendorf in Oeconom. for. 8 Bd. 12 Hptst. §. 7.

Allein diese Gelehrten erfordern diese Vergünstigung nicht wegen der Regalität des Schäfereyrechts, sondern

dern sie vertheidigen ihre Meinung aus Gründen der Staatskunst und guter Polizey. Aber so wenig das Recht der Schäferey nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts ein Regal ist: so wenigen Grund haben diejenigen für sich, welche, bey Ermangelung besonderer Landesgesetze in Deutschland,

mit v. Benckendorf a. a. O. §. 4. 5. 7.

behaupten, daß die Schäfereygerechtigkeit in Deutschland nur allein die Grundherrn der Landgüter zu exerciren, und alle übrigen Dorfseinwohner von dem Halten eigener Schaafe auszuschließen befugt; daß der Ursprung dieser ausschließenden Schäfereygerechtigkeit der Grundherren schon von der ersten Einrichtung der deutschen Dörfer herzuleiten, und folglich solche auf eine langwierige und immerwährende Observanz gegründet sey; und daß die Unterthanen und andere Dorfseinwohner das Recht, Schaafe zu halten, wo man solches anjetzt wahrnimmt, erst nachher durch ausdrückliche Verträge oder Verjährung erlangt haben, und dieses daher, wenn es streitig gemacht wird, erwiesen werden müsse.

Allein so wie es diesen Sätzen auf einer Seite völlig an dem Beweise ihrer historischen Richtigkeit mangelt, so gehet ihnen durchgehends auf der andern Seite das gesetzliche Ansehen ab. Wenn der dabey zur Grundlage angenommene Satz, daß das Recht des Schaafhaltens mit dem Eigenthume des Grundes, auf dem die Schaafe geweidet werden sollen, unzertrennlich verbunden sey, mithin die Fähigkeit des Rechts einer eigenen Schäferey die Fähigkeit der Erwerbung des Grundeigenthums schlechterdings in der Regel des deutschen gemeinen

Rechts voraussetze, historisch und rechtlich wahr wäre: so würde auf der dritten Seite dem heutigen Bauernstande in der Regel, vermöge des Hauptgrundsatzes, das Recht der Schäferey geradezu zugesprochen, und wenn darüber ein Rechtsstreit entstünde, dem Gegner des Bauers der Beweis des behaupteten Ausschließungsrechts aufgelegt werden müssen.

Denn, zuvörderst kann man es wol als eine richtige Voraussetzung annehmen, daß das bürgerliche Verhältniß der verschiedenen Stände sowohl gegen einander, als derselben Mitglieder unter einander, so wie die besonderen Standesrechte und die Erwerb- und Nahrungszweige, welche denn einen oder dem andern ausschließend nachgegeben und zugelassen worden, gar mannigfaltige Veränderungen in Deutschland, und dessen einzelnen Territorien, erlitten haben. Man kann es daher als einen Grundsatz betrachten, daß der Umfang der Erwerb- und Nahrungszweige des jetzigen Bauernstandes in Deutschland, so wie die Bestimmung derjenigen, deren er sich entweder gänzlich, oder doch so lange enthalten muß, als er nicht besonders auf einem rechtsgültigen Wege solche zu treiben die Befugniß erlangt hat, nach den ältern, ehemals in Deutschland üblichen, Rechtsgrundsätzen nicht mehr beurtheilet werden könne.

Man mag daher immer noch dem jetzigen Bauerstande im allgemeinen, wie vormals, nur eine libertatem imperfectam, und seinen Gliedern an die unter sich habende Grundstücke ein eingeschränktes Recht beylegen: so kann man doch die Gränzen der libertatis imperfectae et dominii restricti des heutigen Bauerstandes nicht mehr nach den Grundsätzen des ältern Rechts abmessen. Es

ist

iſt daher mit einer auf richtige Geſchichte der deutſchen Rechte und Rechtsinſtitute gebaueten Rechtslehre unverträglich, wenn man das heutige rechtliche Verhältniß der Grundherrſchaften der deutſchen Dörfer gegen ihre darin begüterten Unterthanen nach dem ehemaligen ältern beſtimmen wollte. Noch weniger kann es mit einer richtigen Rechtslehre beſtehen, wenn man den Umfang der Befugniß der Dorfeinwohner baueriſchen Standes, die ihnen zur Benutzung vel jure dominii pelni licet limitati, vel jure dominii utilis ruſticarii überlaſſene Dorf-Feldmark, und in wie weit ſolche durch den Mitgebrauch, der davon der Grund- und Gerichtsherrſchaft des Dorfes zuſtehet, eingeſchränket wird, aus dem erſten Urſprung des Dorfes, und nach Anleitung der erſten Anſiedelungsverträge beurtheilen wollte, welche zwiſchen den erſten Dorfeinwohnern und der Dorfgrundherrſchaft wegen Anbauung der einzelnen Bauerhöfe beliebet worden. Denn die hierzu nöthigen hiſtoriſchen Nachrichten dürften ſchwerlich von einem ältern deutſchen Dorfe aufzubringen ſeyn; und ſo lange ſolche abgehen, gewähren ſie in den Gerichtshöfen keinen rechtmäßigen Grund, darnach eine Rechtsſtreitigkeit zu entſcheiden.

Man iſt von dem irrigen Vorurtheil längſt frey, nach welchem die deutſche Vorzeit die Nutzbarkeit des Bauernſtandes ſo tief herunterſetzte, daß man den Mitgliedern dieſes Standes kaum den Schatten von Rechten eines Staatsbürgers zuſtand, und ſie der Erwerbfähigkeit des Grundeigenthums ſamt den davon abhängigen Rechten für unfähig erklärte. Man iſt von dem vortheilhaften Einfluß dieſes Standes auf die Beförderung des allgemei-

nen Staatswohls jetzt vielmehr so sehr überzeugt,

Runde a. a. O. §. 481.

daß wol schwerlich es jemand über sich erhalten dürfte, in Deutschland einem Menschen darum, weil ihn das Schicksal als Mitglied des Bauernstandes gebohren werden ließ, so lange er zu diesem Stande gehöret, die rechtliche Fähigkeit abzusprechen, an Grundstücken ein völlig uneingeschränktes Eigenthum zu erwerben. Vielmehr wird man kein Bedenken finden, einem Bauer, der erweislich das Grundeigenthum seines unterhabenden Gutes erworben hat, alle mit dem Eigenthume verbundene Rechte so lange beyzulegen, als nicht erwiesen ist, daß sein Grundeigenthum zum Besten eines seiner Staatsmitbürger eingeschränket worden sey. Wenn daher erwiesen ist, daß der Grundherr eines Bauers diesem das unterhabende Bauergut nach dem Rechte des Eigenthums überlassen habe: so kann der Grundherr an dieses Bauergut keine andere sonst mit dem Eigenthume verbundene Rechte weiter verlangen, als diejenigen, welche er sich bey dieser Veräußerung erweislich vorbehalten, und nicht auf den erwerbenden bauerischen Eigenthümer übertragen hat. Bauern, die ihre Güter nach völlig freyem Eigenthumsrechte besitzen, sind daher jetzt in Deutschland keine große Seltenheit mehr.

Runde a. a. O. §. 523.

Wenn daher der Grundherr eines Dorfes den zu Dorf und Feld besessenen Unterthanen dieses Dorfs, welche ihre Bauergüter eigenthümlich besitzen, in dem Eigenthume dergestalt beschränken will, daß sie die ihnen überlassene Feldflur nicht als Weide ihrer Schaafe benutzen sollen: so muß er beweisen, daß

er ihnen diese Feldflur und deren Eigenthum unter dieser Einschränkung überlassen habe. Wenn aber die Dorfgemeinde ihre Feldflur von dem Grundherrn nicht nach Eigenthumsrechte, und die einzelnen Dorfeinwohner baueriſchen Standes ihre Bauergüter nicht als Eigenthum erworben hätte; vielmehr diesen Bauern die Güter und die Dorf-Feldmark nur blos Behufs der baueriſchen Benutzung eingeräumet worden wären: so würde selbst in diesem Falle, nach den Grundsätzen des heutigen gemeinen deutschen Rechts, es den Bauern erlaubt seyn, ihre und der Gemeinde Ländereyen und Weideplätze zur Weide ihrer Schaafe so lange zu gebrauchen, als ihnen diese Benutzungsart erweislich bey der Ueberlassung nicht untersagt worden.

Denn, schon nach den Vorschriften der Vernunft sind die baueriſchen Inhaber innerhalb der Landes- und Polizeygesetze berechtiget, sich dieser Ländereyen behufs der baueriſchen Landwirthschaft zu gebrauchen. Hierzu gehöret aber allerdings auch landespolizeymäßige Benutzung dieser Ländereyen, als Weide der Schaafe. Denn es bedarf wol keines weitläuftigen Beweises, daß die Viehzucht, so weit sie ohne Verabsäumung des Ackerbaues betrieben werden kann, zum Umfang der Bäuerey gehöre, daher auch die Schaafzucht, als eine besondere Art der Viehzucht, als ein Gegenstand der Bäuerey angesehen werden müsse. So wenig die Schaafzucht und das deutsche Schäferleben, seinem Wesen nach, zu einem städtischen Erwerbe gerechnet werden kann: so wenig findet man endlich in der Beschaffenheit der Schaafzucht und der Lebensart eines deutschen Schäfers einen entfernten Grund, sie für eine Erwerb- und Beschäfftigungsart zu erklären, die für die Mitglieder des höchsten

Standes in Deutschland anständig wäre. Am wenigsten erlauben die bekannten Reichsgesetze,

R. Pol. Ord. von 1548. tit. 37. §. 1.
R. Pol. Ord. von 1577. tit. 38. §. 1.
R. Schluß von 1731. wegen der Handwerksmißbräuche, art. 4.

in Deutschland die Schaafzucht, als ein Gewerbe, und die Lebensart eines Schäfers ausschließend dem Adelstande beyzulegen.

Es ist also die Meinung derjenigen für die richtigste zu halten, welche in der Regel den zu Dorf und Feld besessenen Bauer für berechtiget halten, Schaafzucht zu treiben, und seine Felder und Ländereyen mit seinen Schaafen zu betreiben, ohne daß er dazu einer besondern landes- und gutsherrlichen Vergünstigung bedürfe, so lange er nicht wegen besonderer erwiesenen eintretenden Ursachen in dieser Hinsicht in der Benutzung seines Bauerguts eingeschränket worden ist.

Struben a. a. O. 1 Th. Bed. 122.

So lange demnach die besonderen Landesgesetze dem begüterten Bauer, mithin einer Dorfgemeinde, als einer Corporation bäuerischen Standes, die Schaafzucht nicht untersagen, auch nicht verbieten, daß die Unterthanen bauerischen Standes ohne vorher dazu erlangte landesherrliche Vergünstigung Schäfereyen anlegen, und solche einem Privat- oder Gemeinde-Schäfermiethling zur Aufsicht und Wartung übergeben: so lange bleibet es auch einem deutschen zu Dorf und Feld besessenen Bauer ein zu dessen Willkühr gestelltes Recht, ob er die Schaafzucht zu einem Zweige seiner Bauerwirthschaft machen, Zuchtschaafe bey seinem Bauerhofe halten, und mit denselben seine Gründe beweiden lassen wolle, oder nicht.

Wenn

Wenn er sich zu dem Erstern entschließet, muß er freylich die darüber redende Landes-Polizeygesetze nicht nur beobachten, sondern auch mit seinen Schaafen seinen Nachbaren nicht zu nahe kommen.

Allein sehr begreiflich ist es, daß der Bauer, wie eine ganze Dorfgemeinde, dieses Recht, wie andere, durch Verjährung oder auch auf andere Art verlohren haben könne. Wenn dieses geschehen ist, und eine Dorfgemeinde ist auf eine solche Art zum Vortheil ihrer Grundherrschaft, oder eines andern Schäfereyherrn, um ihr Schäfereyrecht gekommen, welches doch aber nie vermuthet werden kann: so ist es sehr begreiflich, daß eine solche Dorfgemeinde ihre Feldflur nicht mehr zur Schaafweide nutzen könne, und also zur Schäferey nicht mehr berechtiget sey.

Eine Dorfgemeinde, welche das Schäfereyrecht hergebracht hat, ist nach gemeinen Rechten von einer Dorfgemeinde nicht unterschieden, welche zur Schäferey berechtiget ist. Beides ist sie aber so lange, als ihr diese Befugniß entweder die Landesgesetze nicht abgesprochen haben, oder sie solche auf bekannte gewöhnliche Art zum Besten eines Andern nicht verlohren hat. Diese Befugniß verlieret aber eine Dorfgemeinde keinesweges dadurch, daß sie bisher noch nie eine Schäferey gehalten. Sie bleibt, so lange ein Anderer kein Recht erworben hat, ihr die Anlegung der Schäferey zu verbieten, immer eine Dorfgemeinde, welche das Recht zur Schäferey noch nicht verlohren hat, wenn sie gleich noch niemals eine Dorfschäferey gehabt hat. Eben so wenig hört sie dadurch auf, eine Dorfgemeinde zu seyn, welche zur Schäferey berechtiget ist, daß sie einem Schäfereyherrn die Dienstbarkeit bestellet, seine Schaafe auf ihren Feldern zu weiden.

Aus der allgemeinen Natur der dinglichen Dienstbarkeiten läßt es sich bekanntlich nicht herleiten, daß derjenige, der sein Grundstück zum Besten eines andern mit einer Prädial-Servitut beschwerte, auf die gleichartige Benutzung seines Grundstückes Verzicht leistete. In Ermangelung besonderer Landesgesetze und Verträge, welche der Schäferey wegen zwischen der Gutsherrschaft und den Unterthanen errichtet worden, läßt sich die Meinung einiger Rechtsgelehrten,

Westphal a. a. O. §. 4.

daß, wenn die Gutsherrschaft mit der Schäferey beliehen sey, kein Unterthan Schaafe halten dürfe, falls er nicht dazu besondere Erlaubniß erhalten, schwerlich rechtfertigen. Und hierdurch erlediget sich die aufgeworfene vierte und letzte Frage eben so gut, und daß in diesem Sinn die oben angeführte fürstliche Altenburgische Landesordnung und andere ihr ähnliche Landesgesetze verstanden werden müssen, in welchen von Bauern geredet wird, welche Schaafe zu halten hergebracht haben und dazu berechtiget sind.

IV.

Bey Gelegenheit des Herzogl. Braunschweig-Wolfenbüttelischen Edicts vom 20 Jun. 1747, betreffend das Näherrecht der Gemeinen gegen einzelne den Zehenden pachtende Mitglieder derselben, wird der Rechtsgelehrte gewarnet, nicht durch ausdehnende Erklärungen des Gesetzes wegen seines sich weiter erstreckenden Grundes in das Amt des Gesetzgebers einzugreifen.

Nach Wolfenbüttel an das Hofgericht.

Auf eingewandtes Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dessen Rechtfertigung, dagegen eingereichte Submissionsschrift und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen der Gemeinde zu Ahlum, Klägerin, Supplicantin, jetzt Imploranten, an einem, wider Domina, Probst und Convent des Klosters zur Ehre Gottes, Beklagten, Supplicaten, jetzt Imploraten, am andern Theile; Erkennen ꝛc.

Daß es, des eingewandten Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ungeachtet, bey dem am 26sten Febr. 1796. eröffneten Erkenntnisse in der Hauptsache sein Bewenden habe, doch werden sämtliche bisher aufgelaufene Kosten, mit Ausschluß der Versendungskosten, sowohl in der

Supplications- als Restitutions-Instanz, welche die klagende Gemeinde allein tragen muß, billig gegen einander verglichen und aufgehoben. Von Rechts wegen.

Entscheidungsgründe.

Denn der in Frage stehende Zehend ist nebst dem Klosterhofe an dieselbe Person verpachtet. Und wenn auch ehehin dieser Zehend zu dem Klosterhofe zur Ehre Gottes in Ahlum nicht gehöret hat, wie gedachte Klägerin selbst eingesteht, so ist er doch nun damit verbunden, und wird in Ahlum selbst erhoben. Wenn auch der Pächter des Klosterhofes als ein Markgenosse zu betrachten ist, so kann er doch nicht als ein Mitglied der Gemeinde betrachtet werden. Auf ihn läßt sich also auch das Edict vom 20 Jun. 1747. nicht anwenden. Denn in diesem Gesetze ist von der Ausübung des Näherrechts der Gemeinde gegen einzelne den Zehenden pachtende Mitglieder desselben die Rede; und wenn auch der Grund des Gesetzes auf andere Fälle anwendbar wäre, so kann doch nicht in allen Fällen, wo der Grund des Gesetzes mehrere Folgen nach sich zieht, als das Gesetz bestimmt hat, dieses auch weiter, als es verordnet, ausgedehnet werden. Nicht überall, wo sich Gründe finden, mehrere Gesetze zu geben, oder das Gesetz weiter, als der Gesetzgeber wirklich gethan hat, auszudehnen, darf der Richter sich dieser Ausdehnung anmaaßen, weil er sonst an die Stelle des Gesetzgebers treten würde. Könnte dies gestattet werden, so würde der Richter Gesetzgeber, und es bedürfte nicht einer Handlung der gesetzgebenden Gewalt, um die Mängel der Gesetze zu verbessern. Es fällt in die Augen, auf

welche

welche Folgen eine solche Ausdehnung der richterlichen Gewalt führen würde, und so wenig auch der Richter zu einer bloßen Spruchmaschine erniedriget werden darf, so wenig kann ihm die Befugniß eingeräumet werden, Gesetze, welche ausdrücklich über einen bestimmten Fall verordnen, auf Fälle auszudehnen, bey welchen sich zwar derselbe Grund anwenden ließe, bey denen es aber auch ungewiß ist, ob der Gesetzgeber nicht einen höhern Grund gehabt habe, sie von der gesetzlichen Verordnung auszunehmen. Der den Göttingischen Rechtsgelehrten gemachte Vorwurf, daß sie auf den Grund des Gesetzes nicht die erforderliche Rücksicht genommen hätten, ist daher um so ungerechter, je gewisser es ist, daß der Gesetzgeber besondere Gründe hatte, weswegen er das Näherrecht nicht auf die Pächter der Klostergüter ausdehnen wollte.

Denn die Verordnung vom 27 Jul. 1780. sagt ausdrücklich:

> daß, wenn den Pächtern der Fürstl. Amts-Haushaltungen sowohl, als der Stifts-, Klöster-, Adlichen und anderer Güter und Höfe die dazu gehörige obgleich auswärts belegene Zehenden in eins mit verpachtet worden, den zehendpflichtigen Gemeinden das ihnen sonst in gewissen Fällen zustehende Näherrecht, der Sache, Natur und Eigenschaft nach, nicht zu statten kommen, noch dieselbe befugt seyn mögen, zu verlangen, daß ihnen vorzüglich die Pacht von dergleichen Zehenden überlassen werde.

Hier wird den Zehendherren sogar erlaubt, ihre Zehenden aus der Feldmark ausfahren zu lassen, und sie mit Ausschluß des Näherrechts der Gemeinde,

nebst

nebst den Gütern, zu welchen sie gehören, wenn diese auch außer der Feldmark wären, zu verpachten.

Die Ursache dieser Verordnung ist auch in den Gesetzen selbst angeführt. Es soll nemlich das Näherrecht alsdenn nicht ausgeübet werden, wenn der Zehend dem Klostergute selbst, und nicht den Pächtern für ihre Person zum Besten gereicht. Dies ist nun der Fall, wenn der Zehend zugleich mit dem Gute, zu welchem er gehöret, verpachtet worden. Im gegenwärtigen Falle ist dieses um so weniger zu bezweifeln, da das Gut, mit welchem der Zehend verpachtet worden, selbst in der Feldmark liegt. Uebrigens kommt es darauf, wie im Göttingischen Erkenntnisse ganz richtig angeführet worden, nicht an, ob dieser Zehend seit Jahrhunderten, oder seit kurzer Zeit, ein Pertinenzstück des Gutes geworden sey. Es ist genug, daß er diese Eigenschaft erhalten habe, zumal wenn das Gut, welchem er gewidmet worden, sogar in der zehendbaren Feldmark selbst liegt. Auch die Verordnung vom 20sten Jun. 1750. enthält im Grunde nichts anders, als daß das Näherrecht alsdenn nicht stattfinden soll, wenn der Zehend als ein Pertinenzstück mit dem Gute selbst verpachtet wird, und es wird darin keinesweges bestimmt, daß das Näherrecht dennoch alsdenn stattfinden solle, wenn der Zehend vorher zu einem andern Gute gehöret hätte, und erst in der Folge dem Gute, mit welchem er verpachtet worden, beygelegt ist, wie denn auch dies neue Gesetz dem ältern ohnedies vorgezogen werden müßte.

Bey dieser Lage der Sache kann also in der Hauptsache das vorige Erkenntniß nicht abgeändert wer-

werden. Gleichwohl ist die Vergleichung der Kosten rechtlich. Denn die Entscheidung der Sache wird theils durch die Beschaffenheit der Gesetze selbst, theils durch das Besondere des Falles zweifelhaft. Die klagende Gemeinde hatte allerdings Gründe, sich einen vortheilhaften Ausgang des Rechtsstreits zu versprechen, weil einestheils der Grund des Gesetzes vom 20sten July 1749. auf sie anwendbar schien, und anderntheils darüber gezweifelt werden kann, ob der streitige Zehend als ein Pertinenzstück des Klosterguts zu betrachten sey.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall so, wie im Urtheil geschehen ist, erkannt werden müssen.

V.

1) Landesherrliche Bestimmungen, nach welchen Gesetzen gesprochen werden solle, können in Erbschaftsangelegenheiten auf die schon vorher errichteten Testamente und vorgefallenen Todesfälle nicht angewendet werden.
2) In wie fern die Verjährung gegen Gesetze stattfinde.
3) L. 2. und 3. C. de annali exceptione widersprechen sich nicht.

Nach Guttenberg bey Heilbronn am Neckar an den Frhrn. v. Gemmingen daf.

Als Ew. ꝛc. uns erhobene Appellation, deren Rechtfertigung, dagegen eingereichte Exceptionen und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen des Johann Siegmanns zu Wollenberg, Johann George Gramann, Christoph Wicklers und der in der Vollmacht Nr. 3. benannten Streitgenossen zu Hüffenhard, Kläger, litisdenuncianten, jetzt Appellanten, an einem, wider die sämmtlichen Erben der weiland Rosine, Peter Kaisers Wittwen, Beklagte, jetzt Appellaten am andern, und wider den dermaligen Amtmann Hermann zu Bonfeld, als ehemaligen Hüffenhardischen Mitbeamten, litisdenunciaten am dritten Theile, in den anbey zurückkommenden, in erster und zweyter Instanz ergangenen, in 41 Quadrangeln bestehenden Acten zugesendet, und

und unsere rechtliche Meinung darüber begehret. Demnach erachten ꝛc.

Daß die Appellation in ihren Formalien zu Recht beständig und zu gebührender Rechtfertigung an Ew. ꝛc. erwachsen; in der Sache selbst aber erhellet allenthalben soviel, daß wohl gesprochen und übel appelliret worden, mithin das unter dem 19ten Januar 1790. eröffnete Urthel lediglich zu bestätigen; auch Appellanten den Appellaten die Kosten des verzögerten Processes zu erstatten verbunden. Uebrigens hat es bey der Anzeige des litisdenunciaten vor der Hand sein Bewenden. V. R. W.

Gründe.

Denn der von Appellanten gegen Appellaten angestellten Klage steht offenbar der Einwand der Verjährung entgegen. Nun ist zwar von Seiten der Appellanten angeführet worden, daß gegen eine gesetzliche Verordnung dieser Einwand nicht stattfinde, auch kann dem unmittelbaren Reichsadel in Ansehung seiner Unterthanen die gesetzgebende Gewalt nicht abgesprochen werden. Von einem eigentlichen Gesetze erhellet jedoch nichts, sondern nur von einer gelegentlichen Aeußerung. Wenn nun aber auch die Worte des Theilungs-Recesses:

> nachdem die gnädigen Herrschaften sich dahin geäußert, daß in Theilungssachen hieselbst nicht nach dem jure Würtenbergico, sondern dem allgemeinen Kaiserl. Rechte procediret werden sollte;

wegen des allgemeinen Ausdrucks: in Theilungssachen, für ein Gesetz zu halten wären; so würde doch dieses auf den schon vorhergegangenen Todesfall

fall nicht angewendet werden können, weil das Recht der Ehegattin auf die Verlassenschaft ihres Ehemannes, wo nicht nach der Zeit der Hochzeit, als der Zeit des geschlossenen Contracts, doch wenigstens nach der Zeit des Todes des Erblassers, als zu welcher Zeit das Erbrecht ohne Zweifel erworben wurde, beurtheilet werden mußte. Ja wollte man auch ein auf diesen Fall passendes Gesetz, welchem zuwider die Theilung wäre vorgenommen worden, voraussetzen; so ist doch hier nicht von einem eigentlichen Verbotsgesetze, welches das öffentliche Wohl zum Zwecke hätte, sondern von einer zum Besten der Privatpersonen gegebenen Verordnung die Rede,

Rave de Praescript. §. 180—190.

zumal da hier nicht die Aufhebung der landesherrlichen Verordnung überhaupt, als welche durch den Willen der Privatpersonen nicht geschehen kann, bewirket werden, sondern nur die Anwendung derselben auf einen besondern Fall unterbleiben soll.

Rechte, welchen eine Privatperson durch Verträge entsagen kann, können auch durch die ordentliche Verjährung verlohren gehen, und es ist also kein Grund vorhanden, warum der Einwand der Verjährung hier als unzulässig betrachtet werden sollte; wozu noch kommt, daß die Appellatin redlicher Weise glauben konnte, daß das den Gesetzen gemäß sey, was von Personen, die sie für Sachverständige halten mußte, unter richterlicher Autorität vorgenommen wurde. Hiezu kommt noch, daß auch das römische Recht die Ehegatten nicht gänzlich von der Erbfolge ausschließt, und die fehlerhafte Anwendung des Gesetzes nicht für eine boshafte Verletzung desselben geachtet werden kann;

wes-

weshalb also der Mangel der Redlichkeit des Besitzes den Beklagten und ihrem Erblasser auf keine Weise vorgeworfen werden kann; wie denn auch Irrthümer und sogar Rechnungsfehler nach 30 Jahren weiter nicht gerügt werden können.

Hommel Rhapf. observ. 511.

Mangel des Besitztitels ist weder hier vorhanden, noch die 30jährige Verjährung zu hindern fähig.

Es kommt also nur noch darauf an, ob hier eine Unterbrechung der Verjährung vorhanden sey. Da im gegenwärtigen Falle nur die Absicht zu klagen bey Gericht angezeigt worden, obgleich Kläger dazu nach der Anzeige des Litisdenunciaten noch Zeit genug gehabt hätte; so kann hier eine Unterbrechung der Verjährung nicht angenommen werden, man mag den Grund ihrer Wirkung in dem Mangel der Nachlässigkeit auf Seiten dessen suchen, dessen Recht durch die Verjährung verlohren gehen soll, oder auf Seiten des Präscribenten in dem unredlichen Besitze, in welchen er durch die Insinuation der Klage und durch die Litiscontestation versetzt worden ist. Gewiß ist es, daß nicht gesagt werden kann, daß Kläger zufolge l. 3. C. de annali exceptione, obnoxium suum in judicium clamaverint et libellum conventionis ei transmiserint. Wenn man also der Meinung zugethan wäre, daß die Einreichung der Klage die Verjährung schon unterbrochen, so würde doch diese Wirkung alsdenn nicht entstehen, wenn die Klage nicht gehörig wäre fortgesetzt worden.

Vergebens berufen sich daher Appellanten auf l. 2. C. de annali exceptione, wo des außerordentlichen Falles, wenn nicht mit Erfolg geklagt wer-

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

den kann, hieben nicht gedacht worden. Bey dieser Lage der Umstände mußten Kläger mit ihrem Anspruche gegen die Beklagten abgewiesen, mithin auch das vorige Erkenntniß lediglich bestätiget werden.

In Ansehung der Litisdenunciation hat nichts besonders erkannt werden können, weil Litisdenunciat blos den Verlauf der Sache, zufolge dessen Kläger die Klage fortzusetzen unterlassen haben, angezeigt, Litisdenuncianten aber nichts dagegen erwiedert hatten, so daß also auch die durch die Litisdenunciation verursachten Kosten stillschweigend compensiret werden müßten.

Aus diesen Gründen sind wir so, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

VI.

1) Wenn auch der eine Theil die Aussetzung des Erkenntnisses in der Hauptsache verlangt, so kann dennoch der Richter in der Hauptsache erkennen, wenn sie hinlänglich dazu erörtert ist.

2) Nicht allemal ist die Criminalsache vor der Civilsache zu entscheiden.

3) Der Richter kann wider den Willen der Parteyen seine Entscheidungsgründe zu Actenstücken machen, und jene auf deren Entfernung von den Acten nicht bestehen.

4) Ein Beyspiel eines Zahlungsauftrages, der einer stillschweigenden Delegation sehr ähnlich ist, und nur selten vorkommen dürfte.

5) Der deferirte Haupteid, welchen der Producent, nach der vom Richter der Lage der Sache gemäß normirten Formel, geschworen hat, verlieret von seiner Kraft dadurch nichts, daß der Producent zum Schwörungstermin nicht vorgeladen worden, der Ableistung des Eides nicht beygewohnet hat, oder der Producent den Producten wegen eines ihm schon vor der Eideszuschiebung bekannt gewesenen attentati falsi erst nach der Eidesleistung gerichtlich denunciiret hat.

Als uns eingewandte Haupt- und Nebenrevisionen, derselben Rechtfertigung und angehängte

Nach Nürnberg.

hängte Denunciation, nebst fernerem rechtlichen Einbringen, in Sachen Margarethen Sabinen Müllerin zu Nürnberg, und derselben Streitgenossen, des Christoph Hechtels, in Vormundschaft der beiden Wilhelm Theodor Müllerischen Kinder, und Johann Andreas Herzogs, als Vormundes des minderjährigen Andreas Metzgerischen Kindes, allerseits Beklagten und Appellanten, nun Revidenten, an einem, wider den Schreinermeister Johann Siegmund Meier und dessen Ehefrau Even Margarethen Meierin, ebendaselbst, Kläger und Appellaten, nun Revisen, am andern Theile, zugefertiget worden ꝛc.

Daß Revidenten, Einwendens ungeachtet, die Sache als für zur Abfassung eines Erkenntnisses über alle in den Acten verhandelte Puncte ausgestellet anzunehmen; solchemnach es, der eingewandten Revisionen ungeachtet, in Ansehung der Nebenrevisionen bey dem Decrete vom 6 May 1795. und vom 4 Jun. 1795. sowohl, als auch in Ansehung der Hauptrevision bey dem Rejectordecrete vom 21sten Aug. 1794. überall verbleibe. So ist auch die wider den revisischen Ehemann angebrachte dem Revisionslibell angehängte Denunciation, als nur zum Verschleif dieser Sache abzielend, in Rücksicht auf diese Civilsache für statthaft nicht zu achten, und sind Revidenten die durch diese Revision und Actenversendung verursachten Kosten, nach deren vorhergegangener Verzeichnung und richterlichen Festsetzung, an die Revisen zu erstatten verbunden. V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Der Kaufmann Johann David Müller zu Nürnberg hat eine seiner dreyen Töchter an Wilhelm

helm Theodor Müller, auch Kaufmann daselbst, verheirathet, welcher, wie es scheinet, bey seinem Schwiegervater lebte, und demselben in seinen Handlungsgeschäfften beystand. Diese Tochter verstarb vor ihrem Vater, mit Hinterlassung zweyer unmündigen Kinder, denen Christoph Hechtel zum Vormunde bestellet worden ist. Diese seine zwey unmündigen Enkel und zwey noch unberathenen Töchter, Margarethe Sabine und Anne Elisabeth, beerbten den 1780. verstorbenen Kaufmann Johann David Müller. Anne Elisabeth Müllerin ist nachher an den Kaufmann Metzger zu Nürnberg verheirathet worden, und ist während des gegenwärtigen Processes, mit Hinterlassung eines unmündigen Kindes, verstorben, dem Johann Andreas Herzog zum Vormunde bestellet worden ist. Wenigstens ist in den Acten die gesetzmäßige Vormundschaftsbestellung des Hechtels und des Herzogs nicht bezweifelt, noch von diesen Vormündern geleugnet worden, daß ihre Mündel Erben resp. ihres Großvaters und ihrer Mutter geworden wären. Diese drey Johann David Müllerische Enkel, welche Hechtel und Herzog vertreten, und die einzige noch lebende Johann David Müllerische Tochter, Margarethe Sabine Müllerin, machen als Streitgenossen und Erben des Johann David Müllers gegenwärtig den revidentischen Theil aus.

Beide jetzt im Streite befangene Parteyen sind ferner einig, daß zwischen den revisischen Eheleuten und dem verstorbenen Johann David Müller und dessen Familie ein langjähriger genauer freundschaftlicher Umgang bestanden, revisische Eheleute öfters in das Haus des Johann David Müller gekommen und dessen Gevattersleute gewesen sind. Diesem ihrem Freunde, Johann David Müller,

gaben die revisischen Eheleute ein baares Geldbarlehn von 2500 fl. Rh., welches jener, vermöge eines auf sich und seine Erben lautenden, mit seinem gewöhnlichen Handlungssignet bedruckten Schuldscheins, vom 1sten Nov. 1774. jährlich mit drey und ein halb pro Centum zu verzinsen, auch jederzeit auf eine halbjährige Aufkündigung zurückzuzahlen versprach.

Die Parteyen sind einig, daß die jährlichen Zinsen, von dieser Zeit an, so lange der Schuldner lebte, in ein eigenes Quitungsbüchlein geschrieben, und die Zinsen zur Verfallzeit auf dem Handlungs-Comtoir des Johann David Müller bezahlet worden sind.

Als sich des letztern Erben wegen dieser Erbschaft auseinandersetzten, verkauften die Müllerischen Erben die väterliche und großväterliche Handlung, samt allen dazu gehörigen Activ- und Passivschulden, dem Wilhelm Theodor Müller, und errichteten am 11ten August 1780. einen Handlungs- und Erbschafts-Verkauf-Contract, nach welchem der Wilhelm Theodor Müller die Befriedigung der Revisen in partem pretii mit übernommen haben soll. So wie Revidenten eingestehen, daß Revisen unverrückt den resp. väterlichen und großväterlichen Schuldschein vom 1sten Nov. 1774. in ihren Händen behalten haben, solchen annoch besitzen, Revidenten auch nirgend in den Acten behauptet haben, daß sie von den Revisen die Zurückgabe dieses Schuldscheins verlanget haben; so gestehet auf der andern Seite der revisische Ehemann Johann Siegmund Meier, daß der Wilhelm Theodor Müller ihm gesagt, daß er die Zinsen und das Capital der Revisen zu bezahlen übernommen habe. Es gestehen ferner die Revisen, daß sie darauf von diesem Wilhelm Theodor

Mül-

Müller die betagten Zinsen ausbezahlt erhalten, ihm auch einen Theil des Hauptstuhls aufgekündiget, und in Gemäßheit derselben von demselben

a) am 1 May 1782 — — 300 fl.
b) am 10 Aug. 1788 — — 300 fl.
c) am 11 Nov. 1788 — — 100 fl.

mithin zusammen 700 fl. Rh. in abschläglicher Capitalzahlung empfangen haben. Nicht minder sind beide Theile einig, daß seit dem 11ten Aug. 1780. die von dem Wilhelm Theodor Müller bezahlten betagten Zinsen nach wie vor in dem bemerkten Quitungsbüchlein eingeschrieben; der Schuldschein vom 1sten Nov. 1774. aber weder umgeschrieben, noch die Acceptation desselben auf eigene Rechnung von dem Wilhelm Theodor Müller darunter verzeichnet worden sey. Wie es scheinet, hat sich dieser Wilhelm Theodor Müller gegen das Ende des 1788sten Jahres für insolvent erkläret, und in seinem übergebenen Statu bonorum die Revisen als seine chirographarischen Gläubiger mit 1800 fl. Rh. aufgeführet. Geradezu gestehet aber der revisische Ehemann, daß er auf erhaltene Nachricht, daß sich der Wilhelm Theodor Müller für insolvent erkläret habe, sich zu ihm in dessen Wohnung begeben, und ihm in Gegenwart des Gerichtsschreibers Gillig und Procurators Carl, welche sich Gerichtswegen behufs der verfügten Obsignation eingefunden, angetragen habe, dem Müllerischen Schuldscheine clausulam hypothecae bonorum einzuverleiben, welches dieser aber verweigert habe. Revisischer Ehemann, der Schreinermeister Johann Siegmund Meier, behauptet dabey, daß er dieses auf Anrathen eines Kaufmannsdieners, Ebermeiers, gethan; übrigens sind beide Theile einig, daß die verlangte Einverleibung der clausulae hypothecae bonorum nicht

geschehen sey. Aus den Acten läßt sich nicht ersehen, ob und wie weit Revisen sich in den darauf eröffneten Concurs der Wilhelm Theodor Müllerischen Gläubiger eingelassen, und in welcher Lage sich dieser Concurs jetzt befinde. Dagegen aber ergeben gegenwärtige Acten, daß die Revisen am 1sten April 1789. gegen die Revidenten, als Erben des Johann David Müller, wegen des rückständigen Capitals von 1800 fl. samt Zinsen und Kosten auf dem Grunde des Schuldscheins vom 1 Nov. 1774. mit einer executivischen Klage hervorgetreten sind, welcher die beklagten Revidenten nicht nur exceptionem non rite formati processus, sondern auch die Einrede der conventionellen Delegation, und daß die klagenden Revisen den Wilhelm Theodor Müller für ihren alleinigen Schuldner angenommen hätten, entgegensetzet, und deswegen die Recognition des resp. großväterlichen und väterlichen Schuldscheins verweigert haben.

Die erste Einrede ist dadurch völlig entlediget worden, daß mittelst des rechtskräftigen Bescheides vom 27sten Jan. 1790. der Executivproceß für unstatthaft erkläret, und die Verhandlung der Sache zum ordentlichen Proceß verwiesen worden ist.

Als mittelst rechtskräftigen Bescheids vom 28sten Jan. 1791. und vom 7ten May 1792. in Ansehung der geforderten Recognition den Revidenten die ordnungsmäßige richterliche Auflage geschehen war, so haben zwar die beiden revidentischen Vormünder den Schuldschein mit Vorbehalt ihrer dagegen habenden Einreden zur Nothdurft recognosciret, die mitrevidentische Margarethe Sabine Müllerin hat aber diesen rechtskräftigen Bescheid aus der Ursach zu befolgen verweigert, weil sie von der ganzen Sache nichts wisse.

Ob nun gleich derselben hierbey bewiesener Ungehorsam von den Revisen ist angeklagt worden, so ist in Ansehung ihrer der väterliche Schuldschein doch nicht in contumaciam durch einen Bescheid für anerkannt erkläret worden. Indeß hat sie doch in ihrem nachherigen rechtlichen Einbringen die Richtigkeit dieses väterlichen Schuldscheines zwar nicht ausdrücklich in Abrede gestellet, aber solche auch eben so wenig ausdrücklich eingestanden. Weil aber die Revisen die behauptete Delegation, und daß sie den Wilhelm Theodor Müller für ihren alleinigen Schuldner angenommen, und die Revidenten gänzlich entlassen hätten, in ihrer Replik leugneten, so anticipirten die Revidenten den Beweis darüber, übergaben statt ihrer Duplik Beweisartikel, brachten über einige den Wilhelm Theodor Müller als Zeugen in Vorschlag, und stellten andere den Revisen zur Eideshand. Nachdem die Revisen in die eidliche Abhörung des vorgeschlagenen Zeugen salvis exceptionibus consentiret; so ist derselbe über die Beweisartikel und übergebenen Fragstücke vernommen worden. Allein, obschon die Revisen einige Artikel, worüber ihnen der Eid zugeschoben war, einräumten, in Ansehung anderer aber, die sie leugneten, zwar den zugeschobenen Eid annahmen, aber gegen den Inhalt dieser Artikel Einwendungen machten; so entstand zwischen den Parteyen über das, was nach der Lage der Sache zu beschwören seyn möchte, ein Zwischenstreit, welcher den am 8ten Febr. 1793. eröffneten Bescheid erzeugte, worin die Formel des von den Revisen abzuleistenden Eides bestimmt ward. Die Revidenten ließen diesen Bescheid rechtskräftig werden, und die Revisen leisteten wirklich den erkannten Haupteid am 18ten Februar 1793, worauf

das am 11 December 1793. eröffnete Endurtheil dahin ausfiel:

„welchergestalt die Klage in so fern Statt „habe, daß den Revisen, daferne selbige von „dem Wilhelm Theodor Müller ihre Bezahlung nicht erhalten können, ihren Regreß „an den von der Zahlungsverbindlichkeit noch „nicht befreyeten Revidenten zu suchen, unbenommen bleiben solle.„

Hierwider wandten nun zwar die Revidenten das Rechtsmittel der Berufung ein, übergaben auch ihren Appellationslibell; es wurden aber die Appellationsprocesse in der höhern Instanz abgeschlagen. Die Revidenten legten das Rechtsmittel der Revision und Actenversendung ein. Als sie ihren Revisionslibell eingereicht hatten, ward zwar terminus inrotulationis Actorum anberaumet, solcher aber mit Zufriedenheit der Revisen verlegt. Inzwischen verlangten die Revidenten nicht nur ein gerichtliches Zeugniß, daß der Wilhelm Theodor Müller sich keines vorsätzlichen Bankeruts schuldig gemacht, sondern sie trugen auch darauf an, daß gegen den revisischen Ehemann wegen des von ihm versuchten falli die Untersuchung veranlaßt, bis dahin diese Civilsache suspendiret, und sodann die Untersuchungs-Acten den Civil-Acten bey der Versendung beygelegt werden möchten. Die Revisen widersetzten sich diesem doppelten Antrage, der auch im Rathsverlasse am 6ten May 1795. verworfen ward. Weil darin die Revidenten überdem noch in die Kosten waren verurtheilet worden, so legten sie dagegen stante pede die Revision ein, und declarirten zum Protocoll:

„daß sie die Inrotulation der Acten nur unter „dem Vorbehalt geschehen lassen könnten,

„daß

„daß Exteri forderſamſt über ihre Petita er-
„kennen,

„„und falls ſelbige die Sache nicht ohnehin
„„zur Reformatoriae geeignet finden ſoll-
„„ten, das Erkenntniß in der Hauptſache
„„noch ausgeſtellet ſeyn zu laſſen;„„

welchem Antrage aber die Reviſen ſofort widerſprachen. Die Revidenten machten einen andern angeſetzten Inrotulationstermin dadurch wendig, daß ſie ſich der Beylegung der verſchiedenen in dieſer Sache abgegebenen Rechtsbedenken und Gutachten widerſetzten, die Reviſen aber auf deren Beylegung beſtanden, als welche ſich auf die Gerichtsobſervanz, und daß dieſe Rechtsgutachten als Entſcheidungsgründe, auf welche die ergangenen Erkenntniſſe gebauet worden, und alſo als Actenſtücke zu betrachten wären, bezogen. Am 4ten Jun. 1795. ward in Anſehung dieſes Nebenſtreits, ein Rathsverlaß eröffnet, und darin erkannt:

„daß das Verlangen der Revidenten wegen
„Nichtbeylegung der Bedenken bey der Acten-
„verſendung nicht Statt habe, ſondern daß
„dieſelben damit abzuweiſen, und die Inro-
„tulation ohne weiteres vorzunehmen ſey, auch
„der Advocatus cauſae die Condemnation in
„die durch den vereitelten Inrotulationstermin
„veranlaßten Koſten ex marſupio proprio
„wohl verdienet habe.„

Sofort erklärten die Revidenten zum Gerichtsprotocoll:

„daß ſie gegen das abermals ergangene ab-
„ſchlägliche Decret gleichfalls die Reviſion ein-
„legen, und

„„die-

„„diesen Punct, so wie die vorherigen,
„„zum vorläufigen Erkenntnisse der Exte-
„„rorum aussetzen müßten.„„

Worauf denn in einem anderweiten Termine endlich die Acten sind inrotuliret worden.

Die besondere Prüfung der Appellations- und Revisionsbeschwerden in der Hauptsache wird die Unerheblichkeit derselben, und daß das von den Revidenten angefochtene Haupterkenntniß vom 11ten December 1793. nebst dem damit in Verbindung stehenden Decrete vom 6ten Aug. 1794. bestätiget werden müsse, außer Zweifel setzen. Es tritt demnach der Fall ein, auf welchen die Revidenten die Aussetzung des Erkenntnisses in der Hauptsache verlangt haben; weshalb die vorläufige Ausführung der Unzulässigkeit dieses Gesuches der Revidenten nothwendig wird.

Es ist bekannt, daß das Rechtsmittel der Berufung, seiner eigenthümlichen Natur nach, die Rechtssache in den Zustand zurücksetzt, in welchem sie zur Zeit der Kriegesbefestigung in der ersten Instanz war,

Danz Grundſ. des gemein. Proc. §. 416.

und daß jeder Appellant und Revident als derjenige betrachtet werden müsse, welcher dem Kläger dadurch ähnlich wird, daß, wie dieser in der ersten Instanz, jener in der höhern Instanz, den Rechtsstreit anfängt.

Solchemnach scheinet es, daß es der Willkühr der Appellanten und Revidenten eben so gut überlassen bleiben müsse, was sie zur richterlichen Entscheidung aussetzen wollen, wie dieses ihnen als Klägern würde freygestanden haben, da, der Re-

gel

gel nach, niemand wider seinen Willen zu klagen gezwungen werden kann.

L. unic. C. ut nemo invit. ager.

Es möchte daher allerdings das Ansehen gewinnen, daß nur über die ausgemittelten vorläufigen Puncte ein Erkenntniß abzufassen sey, besonders da es an der Submission der Revidenten zum Erkenntniß in der Hauptsache ermangele. Allein, wenn die Berufung den Rechtsstreit in den Zustand zurückbringt, in welchem er zur Zeit der Kriegesbefestigung war, so hat dieses nur den Sinn, daß der Appellant noch neue damals ihm unbekannte Gründe und Beweise beybringen könne.

Danz a. a. O.

Der Appellant ist aber durch diesen Grundsatz so wenig berechtiget, wider den Willen des Gegentheils den ordnungsmäßigen Fortgang des Processes zu hemmen, als daß er die Klage oder die einmal gewählte Proceßart verlassen, und sie in eine ihm vortheilhaftere verwandeln kann. Ein Appellat oder Revise wird dagegen unter andern dem Beklagten dadurch ähnlich, und dieses hat denn die Wirkung, daß, wenn ein ordentliches Verfahren eintritt, ihm, und nicht seinem Gegner, das letzte Wort gebühret, und daß der Rechtssatz: favorabiliores potius rei, quam actores habentur,

L. 125. D. de R. J.

so wie: non debet actori licere, quod reo non permittitur,

L. 41. pr. D. eod.

gegen den Appellanten und Revidenten in diesen Instanzen anwendbar wird.

In der Regel kann freylich niemand wider seinen Willen zur Anstellung einer Klage gezwungen werden. Eben so wenig kann auch in der Regel jemand gezwungen werden, gegen das Erkenntniß, welches wider ihn ausgefallen ist, ein Rechtsmittel einzuwenden.

Allein, gleichwie es nach einmal erhobener Klage nicht mehr der alleinigen Willkühr des Klägers überlassen bleibt, ob er den Proceß ordnungsmäßig fortsetzen, oder unbeendiget und unausgemacht liegen lassen wolle; sondern allerdings gezwungen werden kann, entweder der erhobenen Klage gänzlich zu entsagen, oder sie gehörig fortzusetzen: so kann auch ein Appellant und Revident gezwungen werden, sein eingelegtes Rechtsmittel zum Erkenntniß zu instruiren. Er kann daher die Aussetzung des Erkenntnisses in der Hauptsache zum Schaden seines Gegentheils, den die unerörterte Appellation in dem Genusse des ihm bereits zuerkannten Rechts hindert, wider den Willen des Gegentheils rechtlich nicht verlangen. Non enim debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.

L. 74. D. eod.

Am wenigsten können aber die jetzigen Revidenten die Aussetzung des Erkenntnisses in der Hauptsache verlangen, da sie in der ersten Instanz von den Revisen als Geldschuldner belangt, und welche bereits verurtheilet worden sind, gegen welche auch, wenn die Sache überhaupt noch zweifelhaft seyn könnte, die gesetzliche Vorschrift: in re obscura melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro,

L. 41. §. 1. D. eod.

schon an sich deutlich entscheidet.

Und obschon aus unbeschlossenen Acten kein Erkenntniß abgefaßt werden kann, so hängt es doch

doch weder überhaupt von der Willkühr der Parteyen ab, ob sie zu einem Erkenntnisse beschließen wollen; noch weniger aber, ob sie nur in den Nebenpuncten, nicht aber in der Hauptsache, wenn gleich solche vollständig erörtert und zum Spruche reif ist, zum Bescheide beschließen wollen.

Wenn die Parteyen genugsam mit ihrer Nothdurft gehöret worden sind, kann vielmehr der Richter die Sache von Amtswegen für beschlossen annehmen, und die Gebühr Rechtens erkennen.

Danz a. a. O. §. 211.

Die Revidenten, als ursprünglich verklagter und bereits verurtheilter Theil, können daher bey dem obwaltenden Widerspruch der Revisen, ohne sich des Verdachts einer böslichen Rechtsflüchtigkeit schuldig zu machen, durch ihre verweigerte Submission die Abfassung des Erkenntnisses in der Hauptsache nicht verhindern; vielmehr muß die Sache von Amtswegen für beschlossen angenommen werden, ohne daß dabey den Revidenten die Minderjährigkeit zu Statten kommen kann. Minoribus et pupillis tunc enim succurrendum est, cum defenduntur, non ut facilius calumnientur.

arg. L. 4. §. 110. D. eod.

Sodann haben die Revidenten keine Ursach, sich darüber zu beschweren, daß sie in dem Decrete vom 6ten May 1795. mit Verurtheilung in die dadurch verursachten Kosten mit ihrem doppelten Gesuche sind enthöret worden.

In der Lage der Sache war ihr erstes Gesuch unstatthaft, nach welchem das Gericht bezeugen soll, daß der von den Revidenten als Zeuge ernannte, und mit Zufriedenheit der Revisen, jedoch mit

Vor-

Vorbehalt ihrer Einreden, abgehörte Wilhelm Theodor Müller, kein boshafter Fallite sey, auch als ein solcher vom Gerichte nicht behandelt, deswegen auch nicht mit einer Strafe belegt worden, derselbe auch nach Beendigung seines Creditwesens wieder Credit gefunden habe, und seine Handlungsgeschäffte wieder fortsetze.

Wenn dieses gerichtliche Zeugniß nicht ertheilet werden wollen, so möchte es scheinen, als wenn dadurch den Revidenten eine wirkliche Beschwerde zugefüget worden, da einestheils jedermann, so auch eine Gerichtsobrigkeit, ein Zeugniß der Wahrheit, so oft es nöthig, zu geben schuldig, und, den Gesetzen nach, dazu verbunden ist.

L. 21. §. 1. D. de testib.

Anderntheils scheinet den Revidenten dieses Zeugniß um so nützlicher zu seyn, weil es zur Bestimmung der Glaubwürdigkeit ihres Zeugen, und derselben Aufrechterhaltung gegen die Einwendungen der Revisen gegen die Person desselben, dienlich sey.

Dagegen ist aber zu erwägen, daß die Revidenten eines solchen Zeugnisses gar nicht benöthiget sind, und daß ihnen solches, wenn es ihnen ertheilet worden wäre, nach der Lage der Sache eben so wenig etwas helfen könne, als es ihnen schadet, daß sie solches nicht erlangt haben. Denn die Revisen haben nie behauptet, daß dieser Zeuge ein böslicher Fallite sey, und daß er sich eines Verbrechens eines boshaften Bankeruts schuldig gemacht habe. Sie haben blos behauptet, er sey ein Fallit, das ist, er sey ein Mann, der insolvent geworden. Diese Thatsache haben die Revidenten aber selbst nicht in Abrede stellen können, und da sie selbst behaupten, daß dieser Zeuge zwar gegen die Revisen

in

in ihre Schuld getreten, aber die Revisen nicht befriedigen könne: so beruhet die Behauptung der Revisen im Zugeständnisse der Revidenten, und ein Zeugniß des Gegentheils konnte der Richter nicht ertheilen. So war auch das Zeugniß, daß dieser Zeuge kein boshafter und verbrecherischer Fallit sey, nicht nothwendig, weil dieses von den Revisen nicht behauptet wird, mithin solches kein streitig gebliebener Thatumstand ist.

Und wenn die Revisen die Glaubwürdigkeit und Zulässigkeit dieses Zeugen angreifen, so geschiehet dieses anderntheils nicht aus der Ursach, daß er insolvent geworden sey, allein; sondern besonders auch deshalb, weil er mit dem einen revidentischen Theile verschwiegert, und des andern revidentischen Theils leiblicher Vater ist. Drittentheils wird sich bey der Beurtheilung der Hauptsache ergeben, daß, wenn auch dieser Zeuge als ein vollgültiger und über alle Einwendungen erhabener Zeuge angesehen werden könnte, durch sein Zeugniß doch kein anderes Erkenntniß würde bewirket werden können.

Bey diesen Umständen mußte dieses Gesuch so angesehen werden, als wenn es blos zum Rechtsverschleife angebracht worden wäre. Von gleicher Beschaffenheit ist das zweyte Gesuch.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß der revisische Ehemann eingestanden habe, daß er auf erhaltene Nachricht, daß der Kaufmann Wilhelm Theodor Müller gebrochen, ihm in Gegenwart des Gerichtsschreibers Gillig und des Procurators Carl angemuthet habe, dem Johann David Müllerischen Schuldscheine die Clausulam hypothecae bonorum einzuverleiben, und daß die Revidenten darüber den Revisen einen Eid angetragen, diese solchen angenommen und wirklich abgeleistet haben. Die Re-

videnten haben hierauf die Wirkung dieses Eides in der Hauptsache angefochten, und weil ihre Einwendungen als unstatthaft verworfen worden sind; so haben sie daraus eine Appellationsbeschwerde gemacht, und zu deren Unterstützung im Revisionslibell gegen den revisischen Ehemann auf Anstellung einer peinlichen Untersuchung angetragen. Bey der Beurtheilung dieses Puncts der Hauptsache wird sich unten in der Folge zeigen, daß den Revidenten bey diesem Unternehmen die Gesetze nicht zur Seite stehen. Dennoch aber haben die Revidenten in der Voraussetzung der Zulässigkeit ihre gegen den revisischen Ehemann in puncto criminis attentati falsi angebrachten Denunciation, und der darauf Gerichtswegen zu verfügenden Criminaluntersuchung nicht nur um Abhörung des Gerichtsschreibers Gillig und des Procurators Carl über das von ihnen denunciirte, von dem revisischen Ehemann eingestandene Factum, sondern auch um Sistirung dieser Civilsache auf so lange angesuchet, bis die Criminalsache beendiget, und die darin ergangenen Acten den gegenwärtigen, den Civilanspruch betreffenden rechtlichen Verhandlungen mit beygelegt werden könnten. Weil nun diesem ihren Verlangen nicht gefüget worden, so haben sie sich dadurch für beschweret geachtet.

Nun möchte es zwar das Ansehen haben, als wenn dem Gesuche der Revidenten die klaren Vorschriften der Gesetze zu statten kämen, vermöge deren in ordine cognoscendi der Criminalpunct jederzeit in Ansehung des Civilpuncts präjudiciel, und dieser nur erst dann erörtert werden soll, wenn jener seine völlige Erledigung erhalten hat.

L. 5. §. 1. D. ad L. Jul. de vi publ.
L. 33. C. ad L. Jul. de adult.

Allein

Allein einestheils ist die angezeigte und von dem revisischen Ehemann eingestandene That, wie unten weiter wird ausgeführt werden, nicht von der Art, daß sie ein Gegenstand einer Criminalunterſuchung werden kann. Wenn man auch annimmt, daß bey einer näheren Erörterung dieser That sich wirklich finden sollte, daß der revisische Ehemann sich hätte etwas Ahndungswürdiges zu schulden kommen lassen, so würde doch die von ihm dabey verwirkte Strafe ihn nie zur Ableistung eines Eides untüchtig machen. Hierzu kommt noch anderntheils, daß die angeführten Gesetze nur von dem Anfange und von der Anstellung einer Civilklage reden; keinesweges aber den Fall unterlegen, wo es nach beendeter ersten Civil-Instanz demjenigen beklagten Theile, der darin sachfällig worden ist, zum Behelf seiner Rechtsflüchtigkeit einfällt, den Kläger eines Verbrechens zu beschuldigen. Die angezogenen Gesetze setzen überdem drittentheils voraus, daß die als ein Verbrechen denunciirte That zu gleicher Zeit den Grund des Civil-Anspruches an den Beschuldigten oder der Klage entgegengesetzten Einrede abgeben müsse. Dieses verhält sich nun im vorliegenden Falle ganz anders. Denn aus der dem revisischen Ehemanne zur Last gelegten Handlung entspringt weder das Klagerecht der Revisen, noch eine Einrede, welche die Revidenten der wider sie erhobenen Klage entgegengesetzet hätten. Es ist daher die von den Revidenten nachgesuchte Aussetzung der Civilsache offenbar widerrechtlich.

Und da der revisische Ehemann eingestanden hatte, daß er im Beyseyn des Gerichtsschreibers Gillig und des Procurators Carl den befragten Antrag gemacht habe, so ist derselben verlangte eidliche Abhörung über dieses eingestandene Factum eben so

überflüssig, als es offenbaren Rechten angemessen ist, daß die Revidenten die durch diesen veranlaßten Zwischenstreit verursachten unnützen Kosten an die Revisen zu erstatten verbunden sind.

Die Revidenten halten sich zwar ferner dadurch für beschweret, daß das Decret vom 4 Jun. 1793. die in dieser Sache abgegebenen Bedenken für Actenstücke erkläret, solche den zu versendenden Acten beyzulegen verordnet hat, und daß ihr Sachführer darin zur Erstattung der Kosten aus eigenen Mitteln verurtheilet worden ist.

Nun scheinet zwar den Revidenten zu statten zu kommen, daß, wenn auch diese befragten Bedenken und Rechtsgutachten an die Stelle der sonst gewöhnlichen Entscheidungsgründe zu den in dieser Sache ergangenen Urtheilen und Decreten getreten sind, solche dennoch als Actenstücke nicht zu betrachten wären, da aus den Acten nicht zu ersehen, daß solche den Parteyen mitgetheilet worden: sodann bekannt genug ist, daß in Civilsachen nichts als Actenstück anzusehen und mit den Acten zu versenden sey, als was der den Proceß dirigende Richter den streitenden Parteyen mitzutheilen und sodann den Acten einzuverleiben verordnet: daher die Revidenten auf die Entfernung dieser Gutachten von den zum Spruche zu versendenden Acten um so mehr zu bestehen berechtiget gewesen, da nach der Praxi des Hochpreisl. Kaiserl. und Reichs-Cammergerichts der Unterrichter bey Befolgung der erkannten Compulsorialien seine Entscheidungsgründe den vor ihm in der vorigen Instanz verhandelten Acten keinesweges beyfügen, solche auch seiner Missiv nicht einverleiben dürfe, sondern solche besonders wohlverwahret den abgelösten und von

den

den Appellanten zu reproducirenden Acten beylegen müsse,

de Cramer obs. jur. univ. Tom. I. obs. 241.

die Revidenten auch der von den Revisen angegebenen unbescheinigten Observanz widersprochen haben; auch kein Nutzen abzusehen sey, welchen diese Beylegung schaffen könne, da der Richter sein Erkenntniß nicht auf die von dem vorherigen Richter gebrauchten Gründe bauen, sondern solche aus den Acten und Rechten selbst schöpfen müsse: daher auch viele Rechtsgelehrte sogar die Mittheilung der Entscheidungsgründe an die Parteyen widerrathen;

Ben. Carpzov. in proc. tit. 10. art. 1. n. 65.
Sam. Stryck in introd. ad prax. for. cap. 21. §. 5.
Leyser ad Pand. spec. 469. med. 10.
Jo. Jac. Moser d. de ration. decid. a jud. part. necess. non communic. (Tub. 1731. 4.)

auch solche nach der offenkundigen Praxi der höchsten Reichsgerichte weder den Parteyen mitgetheilet, noch als Actenstücke dem Actenverfolge beygeleget werden.

Allein alle diese Gründe rechtfertigen den Widerspruch der Revidenten nicht. Denn, wenn auch die Gerichtsordnung es dem erkennenden Richter nicht zur Pflicht macht, aus eigener Bewegung mit den Gründen hervorzutreten, welche ihn, wie geschehen, zu erkennen bewogen haben, so stehet es ihm doch nach gemeinem Rechte frey, seine Entscheidungsgründe nicht nur seinem Erkenntnisse sofort einzuverleiben, oder nachher noch solche den Parteyen mitzutheilen.

L. 59. p. D. de re judic.

Er ist sogar schuldig, dieses zu thun, wenn es die Parteyen verlangen, und die ihm vorgeschrie-

bene Gerichtsordnung ihn davon nicht freyspricht.

de Cramer l. c. Tom. 4. obs. 729. pag. 699.
Joh. Wilh. Waldschmidt d. d. rationib. decid. a judic. partib. communic.
Schaumburg in princ. prax. jud. lib. 1. Sect. 1. membr. 4. cap. 2. §. 13.
Leyser loc. cit. med. 11.

Es kann daher auch dem Richter die Beylegung der von ihm bey seinen Erkenntnissen befolgten Gründe zu den Acten um so weniger billiger Weise abgesprochen werden, da es einen Theil des ihm gebührenden Directorii processus et actorum ausmacht, zu bestimmen, was als Actenstück zu den Acten kommen soll, und es ihm wol nicht verarget werden kann, sich durch dieses den Rechten der Parteyen ganz unschädliche Mittel gegen den Vorwurf und Verdacht einer willkührlichen Rechtspflege zu schützen, und dadurch zu beweisen, daß er nach wohl erwogenen Gründen in der Art, wie geschehen, in der Sache geurtheilet habe.

Wenn also gleich die Revisen nicht bescheiniget hätten, daß die Beylegung der Entscheidungsgründe dem dortigen Gerichtsgebrauch angemessen sey, so genüget es schon zur völligen Rechtfertigung des von den Revidenten angefochtenen Decrets, daß sie nicht aus der dortigen Proceßordnung anführen können, daß dem Richter die Beyfügung seiner Entscheidungsgründe untersagt worden. Daß also den Revisen die wegen dieses Zwischenstreites verursachten Kosten des frustrirten Inrotulationstermins ersetzt werden mußten, war hievon eine natürliche Folge. Der Streit hatte eine processualische Frage zum Gegenstande, und lag also außerhalb den Einsichten,

sichten, welche den Revidenten darüber zugetrauet werden können.

So unwahrscheinlich es daher ist, daß dieser Streit auf Verlangen der Revidenten selbst erreget worden sey; so wahrscheinlich ist es, daß er von dem Advocato causae ist veranlaßt worden. Er ist daher um so rechtlicher zur Erstattung dieser Terminskosten aus eigenen Mitteln verurtheilet worden, da er, wenn er auch wirklich von der Rechtsbeständigkeit seines Widerspruchs überzeugt war, solchen anbringen, darüber ein Erkenntniß mitverlangen, und unter Vorbehalt dieses Nebenerkenntnisses der ergangenen Ladung zur Acten-Inrotulation nachkommen konnte und mußte.

Um hiernächst die Hauptsache richtig beurtheilen und prüfen zu können, muß der doppelte Gegenstand von einander getrennet werden, welchen die Revidenten in ihrem Revisionslibell mit einander verbunden haben. Den ersten Punct machen die von ihnen ausgestellten Revisionsbeschwerden aus; den andern aber die wider den revisischen Ehemann in puncto attentati criminis falsi angebrachte Denunciation, und der über derselben Zulässigkeit entstandene Streit, der deshalb besonders erwogen werden muß, weil, wie bereits bemerket worden ist, die Revidenten in der Folge daraus eine neue Beschwerde gebildet, und behauptet haben, daß solcher nicht gehörig sey beachtet worden.

Es ist, den ersten Punct betreffend, in der vorausgeschickten Proceßgeschichte bereits bemerket worden, daß die Revidenten, als Beklagte, den Beweis ihrer Einrede anticipando geführet, darauf das Endurtheil vom 11ten Dec. 1793. wider sie ausgefallen, und dadurch die gegenwärtige Be-

schwerdeführung derselben veranlaßt worden sey. Um überzeugend aus den Acten und Rechten zeigen zu können, daß den Revidenten durch dieses Endurtheil nicht zu nahe erkannt worden sey, ist es nothwendig, in der Art einer Vorfrage zu zeigen, daß die Revisen ihre Klage vollständig wahrgemacht; die Revidenten aber den Grund ihrer exceptionis delegationis nicht bewiesen haben. Die Revisen haben nemlich die Revidenten, als Erben des Kaufmanns Johann David Müller, wegen einer rückständigen Capital-Summe von 1800 fl. Rh. belangt, ihrer Klage einen von diesem Johann David Müller am 1ten Nov. 1774. über ein zinsbares Gelddarlehn von 2500 fl. Rh. ausgestellten Schuldschein beygelegt, und dessen Anerkennung von den Revidenten gefordert. Die revidentischen Vormünder haben zwar diesen Schuldschein salvis exceptionibus recognosciret, nicht aber die Mitrevidentin Margarethe Sabine Müllerin, obschon letztere dazu rechtskräftig ist verurtheilet worden. Und wenn gleich die Revisen der letzteren hierunter begangenen Ungehorsam angeklaget, so ist doch zur Strafe desselben diese Urkunde in Ansehung ihrer durch einen Contumacialbescheid noch nicht für anerkannt geachtet worden.

Aus mehreren Gründen möchte es also scheinen, daß die erhobene Klage nicht erwiesen sey, daher es auf den nicht vollführten Beweis der Einrede weiter nicht ankommen könne, sondern daß die Revisen in Gemäßheit des Rechtsgrundsatzes: Actore non probante reus absolvatur, quamvis nihil probaverit, mit ihrer Klage abgewiesen werden sollen. Allein die Klage ist als eine condictio certi ex mutuo vollständig erwiesen. Die Revidenten haben es nemlich nicht in Abrede gestellet, daß ihrem Erbgeber

geber und reſp. Vater und Großvater die Reviſen das eingeklagte Capital zur angegebenen Zeit als ein Darlehn gegeben haben. Die Revidenten haben der Klage weder exceptionem non numeratae pecuniae entgegengeſetzet, noch in Abrede geſtellet, daß ihr Erbgeber, ſo lange er gelebt, den Reviſen die verſprochenen Zinſen bezahlet habe. Sie haben alſo die cauſſam obligationis ihres Erblaſſers eingeräumt; und da dieſe aus einem contractu reali entſpringt, ſo würde es der Begründung des Klagerechts nicht ſchaden, wenn auch die Reviſen über dieſe Anleihe gar keine Bebriefung hätten. Wenn alſo auch der von den Reviſen producirte Schuldſchein nicht recognoſciret, vielmehr ſogar überall eidlich diffitiret worden wäre, ſo würde der Grund der erhobenen Klage doch, als actio mutui betrachtet, als wahr und richtig angenommen werden müſſen. Wäre aber die cauſſa debendi geleugnet worden, ſo würde doch der Grund dieſer Klage, als actio ex chirographo betrachtet, dadurch bewieſen worden ſeyn, daß die Revidenten dieſen Schuldſchein, der ſich ſeit 1774. im unverrückten Beſitz der Reviſen befunden hat, und dem die Revidenten weder exceptionem non numeratae pecuniae, noch tempeſtive factae proteſtationis entgegengeſetzet haben, zu recognoſciren rechtskräftig ſind angewieſen worden, revidentiſche Vormünder ſolchen auch anerkannt haben, und die Mitrevidentin Margarethe Sabine Müllerin ſich zur eidlichen Diffeſſion nicht erboten hat. Und ſollte auch ihrerwegen noch irgend ein Zweifel obwalten, ſo würde dieſer ſofort mittelſt einer Purificatoriae gehoben werden können und müſſen, da der von ihr angegebene Grund der verweigerten Recognition oder eidlichen Diffeſſion, daß ſie nemlich von der ganzen Sache nichts wiſſe,

schlechterdings keine rechtliche Beachtung verdienet, indem es nur jetzt darauf ankommt, daß sie erklären soll: ob sie den ihr vorgelegten Schuldschein für von ihrem verstorbenen Vater ausgestellte Schrift halte, oder nicht? Es kann demnach nicht mehr zweifelhaft seyn, daß die Richtigkeit des factischen Klagegrundes vollständig ausgemittelt sey, und daß es daher nur noch auf den Beweis der exceptionis delegationis allein ankomme, welchen die Revidenten theils durch Zeugen, theils mittelst Eidesdelation zu führen unternommen haben.

Das, was die Revidenten aber durch Zeugen haben beweisen wollen, haben sie auf diese Art nicht vollständig beweisen können. Sie haben nur einen einzigen Mann, den Wilhelm Theodor Müller, als Zeugen namhaft gemacht. Selbst wenn gegen die Person dieses Zeugen und dessen Aussage nichts eingewendet werden könnte, und wenn man auch nicht an die nahe Schwägerschaft und Blutsverwandtschaft, in welcher dieser Zeuge mit den Revidenten stehet, und daß er der leibliche Vater seiner mitrevidentischen Kinder ist, denket; so ist er nur ein einzelner Zeuge,

L. 12. D. de testib.

dessen Aussage allein für sich keinen vollständigen Beweis bewirken kann.

Nun sagt aber dieser Zeuge von der Sache nur folgendes aus. Er sey schon bey Lebzeiten des verstorbenen Johann David Müller dessen ordentlicher Geschäfftsträger gewesen, habe dessen Handlungsgeschäffte nicht nur bey Lebzeiten desselben, sondern auch nach dessen Tode, bis Zeuge diese Handlung selbst von den Müllerischen Erben erkauft, besorgt, und die Handlungszahlungen verrichtet; daher

her auch die Revisen jedesmal ihre Zinsen von ihm erhalten hätten, weil derselben Anforderung ursprünglich und allezeit eine bloße Handlungsschuld gewesen wäre. Er habe mit Laurenzi-Ziel 1780. das ganze Corpus der Johann David Müllerischen Handlung, samt allen dazu gehörigen Activ- und Passivposten, und namentlich auch der Revisen damalige Forderung von 2500 fl. von den Erben durch einen förmlichen Contract dergestalt übernommen, daß Zeuge der Revisen Schuldner, die Johann David Müllerischen Erben aber hiervon frey werden sollen. Er, Zeuge, habe aber mit den Revisen, wegen deren in der Handlung verzinslich belegten und von ihm mitübernommenen Capitals keinen Extracontract eingegangen; hätte auch die vom verstorbenen Johann David Müller ausgestellte Obligation nicht auf sich überschrieben, weil die Revisen solches nicht verlanget, und da diese ihm solche Obligation nicht vorgezeigt, er sie auch nicht in seinen Händen gehabt, so habe er auch gar nicht den Inhalt derselben gewußt, sondern Zeuge habe diese Schuld lediglich als eine Handlungsschuld übernommen. Diese Uebernahme, und daß Zeuge der Revisen Schuldner geworden, hätte diese gewußt. Wenn Zeuge nemlich gleich die eigentliche Zeit nicht angeben könne, so habe er doch bald nach der Handlungs- und Schuld-Uebernahme in Zeugens Hause, und zwar im Tennen oder Comtoir, solches dem revisischen Ehemanne selbst gesagt, der damit seine Zufriedenheit bezeiget, und geantwortet habe, es sey ihm lieb, daß Zeuge seine Schuld übernommen hätte, und sey es ihm noch lieber, als wenn er solche an dem Metzger zu fordern hätte. Weil nun die Revisen, als Gevattersleute und gute Freunde, sehr häufig und fast täglich in das Müllerische

lerische Haus gekommen wären, und daher überdies nothwendig erfahren und gewußt haben müßten, daß Zeuge die Müllerische Handlung samt Activis et Passivis allein übernommen; so müßten beide Revisen damit allerdings zufrieden gewesen seyn, daß Zeuge für ihre Person ihr Schuldner geworden, weil weder die revisische Ehefrau jemals dagegen etwas eingewandt, noch die Revisen jemals geäußert hätten, daß sie die Johann David Müllerischen Kinder für ihre Schuldner hielten, vielmehr auf alle Art zu erkennen gegeben hätten, daß sie mit allem guten Willen den Zeugen für ihren Schuldner angenommen; indem seit dieser Zeit der Handlungs- und Schuld-Uebernahme die Revisen neuntehalb Jahre hindurch ununterbrochen die verfallenen Zinsen aus Zeugens Händen erhoben und erhalten, auch demselben das Capital abschläglich zu verschiedenen Zeiten gekündiget, und die aufgekündigten Capitalsummen von Zeugen bezahlt erhalten hätten, ohne Zeugen jemals einen Auftrag gemacht zu haben, daß er den Müllerischen Erben von den beschehenen Aufkündigungen Nachricht geben solle, und sie vielmehr wohl gewußt, daß Zeuge aus eigenem Beutel, und nicht im Namen der Müllerischen Erben, bezahlet habe; daher auch der revisische Ehemann, als er Zeugens Insolvenz erfahren, eilfertig zu ihm in sein Haus gelaufen, und ihm in seiner Wohnstube angemuthet habe, der mitgebrachten Obligation nach Vorschrift eines gleichfalls mitgebrachten Zettelchens eine Hypothekverschreibung noch einzuverleiben.

Vergleicht man dieses Zeugniß mit dem, was den Revidenten zu beweisen oblag; so gehet sofort hervor, daß dadurch die von den Revidenten behauptete, von den Revisen aber geleugnete Delega-

tion

tion nicht erwieſen ſeyn würde, ſelbſt wenn, wie doch nicht iſt, die in dieſem Zeugniſſe bemerkten Thatumſtände vollſtändig erwieſen wären.

Zu einer Delegatione voluntaria erfordern nemlich die Geſetze, daß der bisherige Schuldner in der zureichend deutlich erklärten Abſicht einen andern Schuldner anweiſe, um von ſeinem bisherigen Gläubiger gänzlich loszukommen; daß der neue angewieſene Schuldner ſich in der Abſicht zur Uebernahme der Schuld verſtehe, um den überweiſenden Schuldner von der Schuld zu liberiren, womit er bis jetzt ſeinem Gläubiger behaftet iſt; und daß endlich der bisherige alte Gläubiger in der ebenfalls deutlich erklärten Abſicht den neuen Schuldner annehme, um ſich ſeines Anſpruches an ſeinen bisherigen alten Schuldner zu begeben.

§. 3. Inſt. quib. mod. toll. obl.
L. 6. pr. L. 8. §. 2. 5. L. 11. pr. D. de nov. et deleg.
L. 2. L. 3. L. 8. C. eod.

Wenn demnach ein Gläubiger jemanden für ſeinen Hauptſchuldner neuerdings annimmt, ohne ſich ſeiner Anſprüche an ſeinen bisherigen alleinigen Schuldner völlig und gänzlich zu begeben, ſo entſtehet daraus keine Delegation, ſed *adjicit* potius obligationem, quam priſtinam *novat*.

L. 16. D. de nov. et delegat.

Das weſentlichſte Kennzeichen einer zu Stande gekommenen delegationis voluntariae beſtehet demnach in der unbezweifelten ausgemittelten Willensübereinſtimmung aller dreyer zu dieſem Geſchäffte nothwendig erforderlichen Perſonen, daß der bisherige Schuldner von ſeinem bisherigen Gläubiger völlig loskomme, und mit ihm aus aller Verbindung des

bis-

bisherigen Schuldverhältnisses gesetzt werde. Dieses kann aber nicht anders in einer delegatione voluntaria geschehen, als daß der bisherige Gläubiger sich seines Anspruchs an seinen bisherigen Schuldner entweder wegen der ganzen Schuld, oder eines gewissen bestimmten Theils, gänzlich begebe, und dadurch seinen bisherigen Schuldner entlasse. Daß aber die Revisen die Erben des Johann David Müller ihrer gegen sie, die Revisen, obgehabten Verbindlichkeit gänzlich entlassen, und in der Absicht sich ihres an diese Erben habenden Anspruchs zu begeben, den zeugenden Wilhelm Theodor Müller für ihren Schuldner angenommen hätten, das wird durch diese seine Aussage nicht bewiesen, Denn, daß sie sich solcher Anforderung ausdrücklich begeben, sagt dieser Zeuge nirgends, und wenn er versichert, daß die Revisen ihn für ihren alleinigen Schuldner angenommen, so ist dieses kein Zeugniß, sondern nur sein eigenes Urtheil, welches er aus gewissen Factis, die er angiebt, zwar gefolgert hat, daraus aber dieses Urtheil rechtlich nicht gefolgert werden kann. Der Zeuge war der Revidenten Debitor pretii, und die Revidenten konnten also ihn sowohl delegiren, als ohne Delegation ihn anweisen, wohin er bezahlen sollte, ohne daß es hierzu seiner Einwilligung bedurfte: nominis enim venditio et ignorante et invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet;

L. 1. C. de novat. et deleg.

aber die rechtlichen Wirkungen waren hiervon sehr verschieden. Nam si debitorem meum jussero, tibi solvere, non statim etiam stipulando id novare potes, quamvis debitor solvendo tibi liberetur.

L. 21. D. de novat. et delegat.

So

So lange die Domini der von dem Handlungskäufer übernommenen sogenannten Handlungs-Passivorum sich ihrer an die Verkäufer habenden Ansprüche nicht begeben hatten, war das Abkommen zwischen den Verkäufern und dem Käufer der Müllerischen Handlung keine Delegation, sondern ein jussus et mandatum de solvendo creditoribus venditorum. Der Käufer konnte nun die Revisen sicher befriedigen; aber so wie diese Befriedigung die verkaufenden Erben von ihrem befriedigten überwiesenen Gläubiger befreyete, so liberirte auch diese Befriedigung den Käufer von den Verkäufern, weil diese die ihnen von dem Käufer vorgelegten und eingehändigten Quitungen als baares Geld annehmen mußten. So lange aber der Käufer diesen Jussum de solvendo nicht befolgte, so lange trat auf keiner Seite eine Liberatio ein. Wenn demnach Wilhelm Theodor Müller die Revisen unterrichtete, daß er unter andern sogenannten Müllerischen Handlungs-Passivis auch der Revisen Anforderung, die damals noch 2500 fl. betrug, übernommen haben, und die Revisen damit zufrieden waren; so war dieses nichts mehr, noch weniger, als eine Nachrichtsertheilung von einem ihm von ihren Debitoribus ertheilten Jussu et mandato de solvendo, die von seiner Seite mit der Versicherung begleitet war, daß er diesem Jussui et mandato gebührend nachkommen würde. Wäre auch zwischen den Revisen und dem Johann David Müllerischen Hause, zu dem auch der Wilhelm Theodor Müller gehörte, nicht ein solches freundschaftliches Verhältniß gewesen, als nach dieses Zeugen Angabe wirklich vorhanden war, so konnten die Revisen doch billiger Weise gegen diesen ihnen bekanntgemachten Jussum de solvendo nichts einwenden, und der revisische Ehemann konnte

daher

daher ohne Verlust seines an die Revidenten habenden Anspruchs gegen den Zeugen erklären, daß es ihm lieb sey, daß Zeuge diese Schuld mitübernommen habe, und daß es dem Revisen lieber sey, als wenn sie des Zeugen Schwager, Metzger, übernommen hätte. Denn wie er in Ansehung des letztern vielleicht manche Ursach haben konnte, wenn anders er dieses nicht aus bloßer Höflichkeit äußerte, so konnte und mußte auch den Revisen diese Nachricht darum lieb seyn, weil, wenn den Zeugen wegen Zins- oder Capital-Abtrag anmahnete, er die exceptionem neque tecum contraxi, neque te creditorem nosco, nicht zu befürchten hatte.

Vermöge dieser Lage der Verhältnisse konnten die Revisen auch von dem Zeugen ihre betagten Zinsen in Empfang nehmen, ihm das Capital in einzelnen Summen aufkündigen und annehmen, ohne daß daraus eine geschehene Delegation folgte. Und wenn diese daraus gefolgert werden soll, daß die Revisen in dieser ganzen Zeit niemals geäußert haben, daß sie des Johann David Müllers Erben noch für ihre Schuldner hielten, so wären solche Umstände nöthig gewesen, welche eine solche Erklärung, daß die Revisen die Revidenten für ihre Schuldner nach wie vor hielten, nothwendig gemacht hätten. Da aber weder die Revidenten auf solche Umstände articuliret haben, noch der Zeuge dergleichen in seinen Aussagen angegeben hat, so liegt in dem hierüber von den Revisen beobachteten Stillschweigen so wenig eine tacita voluntatis declaratio dimittendi Revidentes ab obligatione, als darin, daß sie den Zeugen nie einen Auftrag gegeben, seinen Verkäufern davon Nachricht zu geben, daß sie ihm einen Theil des Capitals aufgekündiget, und daß die Revisen gewußt, daß der Zeuge sowohl

die

die Zinsen als die abschläglichen Capitalzahlungen aus seinem eigenen Beutel verrichte. Denn da ein jussus debitor solvere creditori jubentis *solvendo* demum liberatur,

L. 21. D. de novat. et deleg.

et pro invito et ignorante, ut liberetur, tertius solvere potest;

L. 23. D. de solut. et liber.

so konnten die Revisen auf das, was ihnen die Revidenten schuldeten, desto sicherer von dem Zeugen, als einem Dritten, Zahlung annehmen, da sie aus seinem Munde gehöret hatten, daß er von ihren Schuldnern den Auftrag erhalten hatte, an ihrer Stelle den Revisen die gebührende Zahlung zu leisten. Und wäre endlich, wie die Revidenten samt diesem Zeugen behaupten, wirklich eine voluntaria delegatio vorgefallen, so läßt es sich nicht begreifen, daß einestheils man Revidentischer Seite nicht auf die Zurückgabe des von dem Johann David Müller ausgestellten, durch die Delegation berichtigten Schuldscheines, und von der revisischen Seite nicht darauf bestanden habe, daß der übernehmende und als alleiniger für diese allerdings nicht unbedeutende Schuld nunmehro eingetretene Schuldner, Wilhelm Theodor Müller, einen eigenen Schuldschein ausstellen müssen. Dieses ist aber nach des Zeugen Aussage und Versicherung nicht geschehen, vielmehr haben die Revisen nicht einmal für nöthig geachtet, dem vorgeblichen Debitori substituto die Johann David Müllerische Obligation vorzulegen, und solche von ihm acceptiren zu lassen. Offenbar ist also durch die Aussage dieses Zeugen in Ansehung der behaupteten Delegation nicht einmal soviel dargethan, daß auf einen nothwendigen Eid erkannt

werden könnte. Könnte aber dieser auch erkannt werden, so könnte doch solcher kein anderer als der Reinigungseid seyn. Denn so oft ein nothwendiger Eid ob insufficientiam probationis zu erkennen ist, ist überhaupt es rechtlich, ut inter partes litigantes is ad jurandum evocetur, a quo veritas facti facilius exquiri potest, ne quidem habita personae actoris vel rei ratione; so daß, wenn der Beklagte nur de credulitate, der Kläger aber de veritate schwören kann, dieser vielmehr als jener zu admittiren ist,

de Cramer obs. jur. univ. Tom. 4. obs. 1020. pag. 57.

welcher Fall hier in terminis eintritt.

Da die Revidenten die Delegation behaupten, so kann auf ihrer Seite der animus delegandi nicht streitig seyn, und die Existenz der Delegation wird nur darum zweifelhaft, weil die Revisen auf ihrer Seite den animum delegandi leugnen. Sollten hierüber die Revidenten schwören, so könnten sie doch nur de credulitate schwören, da, wo die Revisen de veritate zu schwören vermögen. Und diesen Eid haben sogar die Revisen in der Form eines Juramenti delati voluntarii et litis decisorii bereits abgeleistet. Dieserwegen haben auch die Revidenten den angemaaßten Beweis nicht mittelst der Eidesdelation vollführet. Zwar haben die Revidenten, obschon, wie sich dieses bald näher ergeben wird, die Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit dieses in der Maaße abgeleisteten Eides, wie ihn der Richter gefordert hat, anzufechten vergeblich unternommen, weil die Revisen den ihnen zugeschobenen und von ihnen acceptirten Eid nicht in forma delati ausgeschworen hätten. Aber angenommen, daß weder das Erkenntniß, welches die Formel des

deferirten zu leistenden Eides bestimmet, noch der darnach geschworne Eid rechtsbeständig, sondern nichtig wäre; so konnten doch die Revisen, welche den ihnen angetragenen Eid acceptiret haben, deshalb nicht für solche geachtet werden, welche nicht schwören wollen oder können. Es müßte sodann angenommen werden, daß das factum, welches per juramenti delationem erwiesen werden sollen, noch unerörtert sey. Aber alsdann könnte auch unmöglich schon gesagt werden, daß die Revidenten dasjenige bewiesen hätten, was sie beweisen wollen.

Bey dieser Beschaffenheit des revidentischen Beweises konnte für die Revidenten nicht vortheilhafter erkannt werden, als mittelst des am 11ten December 1793. eröffneten Haupterkenntnisses geschehen ist, nemlich:

„daß die Klage in so fern statt habe, daß „den Revisen, daferne selbige von dem Wil„helm Theodor Müller ihre Bezahlung nicht „erhalten können, ihren Regreß an den von „der Zahlungsverbindlichkeit noch nicht be„freyeten Revidenten zu suchen, unbenom„men bleibe.„

Dieses vorausgesetzt, hat die Ausführung des Grundes der Appellations- und Revisionsbeschwerden, welche die Revidenten in Ansehung der Hauptsache aufgestellet haben, keine Schwierigkeit.

Die Revidenten halten sich zwar darin für beschweret, daß auf ihre erhobene Berufung nicht sofort und ohne ein weiteres Verfahren das oben angeführte Haupterkenntniß vom 11ten Aug. 1794. aufgehoben, und sie von der erhobenen Klage gänzlich entbunden worden sind.

Sie glauben nemlich diese Beschwerde dadurch hinlänglich gerechtfertiget zu haben, daß das angefochtene Erkenntniß überhaupt einestheils auf widersprechende Grundsätze gebauet, und zu gleicher Zeit dabey angenommen worden sey, daß eine Novation zu Stande gekommen, und nicht zu Stande gekommen sey. Allein wenn die Revidenten nicht geradezu nach dem Antrage der Revisen verurtheilet worden sind, ist es eben so wenig darum geschehen, daß angenommen worden, es sey eine Delegation zu Stande gekommen, als daraus, daß den Revisen eine Regreßklage gegen die Revidenten vorbehalten worden ist, gefolgert werden kann, es sey angenommen worden, daß keine Novation eingetreten.

Mit Recht ist bey dem angefochtenen Erkenntniß zum Grunde gelegt worden, daß keine Delegation von den Revidenten erwiesen worden sey. Man nahm den dem Wilhelm Theodor Müller von den Revidenten gegebenen Auftrag, auf Abschlag seiner schuldigen Kaufgelder die Revisen zu befriedigen, und dadurch die Revidenten zu liberiren, mithin den hier eintretenden Fall der

L. 21. D. de novat. et delegat.

für nothdürftig bewiesen an, und hielt das Geschäfft für eine Assignation, in welche die Revisen als Assignatarii gewilliget hätten, so gut als der Assignatus die Assignation zu honoriren versprochen habe. Weil nun ein Assignatar, der eine Assignation angenommen, welche der Assignat acceptiret, gegen den Assignanten nicht klagen kann, bevor er nicht dargethan, daß der Assignat nicht Zahlung leisten könne; so mußte nothwendig das Erkenntniß so erfolgen, wie es ausfiel.

Da

Da die Revisen bey diesem Erkenntnisse sich beruhiget, und solches rechtskräftig werden lassen; so ist die weitere Prüfung der Richtigkeit dieser Voraussetzung unnütz. Den Rechten der Revidenten ward aber dadurch nicht zu nahe getreten, noch weniger der Vorwurf begründet, welchen die Revidenten diesem Erkenntnisse machen, als wenn es sich auf Widersprüche gründe, und inconsequent sey. So stößt auch anderntheils das angefochtene Erkenntniß keinesweges gegen die bekanntesten Rechtssätze dadurch an, daß in demselben den Revidenten, der aus den Acten klar erhellenden, stillschweigenden und ausdrücklichen von dem Richter selbst anerkannten Novation ungeachtet, gleichwohl eine eventuelle Zahlungsverbindlichkeit auferlegt worden sey.

Es ist bey der Beurtheilung der Vorfrage ausführlich gezeigt worden, daß zwar die Revidenten die der Klage entgegengesetzte Einrede der Delegation zu beweisen schuldig gewesen, und daß sie sich dieses Beweises angemaaßet haben; aber daß sie solchen nicht bewirkt haben, man mag dem von Revisen geleisteten Eide eine Rechtswirksamkeit beylegen, oder ihn für nicht geleistet halten.

Es ist ausgeführet worden, daß, wenn der Aussage des abgehörten einzigen Zeugen auch die Glaubwürdigkeit dreyer und mehrerer mit einander übereinstimmender eidlich verhörter Zeugen beygelegt werden könnte, dadurch das Daseyn der wesentlichen Erfordernisse einer Delegation nicht erwiesen sey. Es ist daher ein ganz vergeblicher Streit, den die Revidenten mit den Revisen über die Form der Delegation in den Voracten geführet haben. Denn die Frage, ob in Deutschland eine

Delegation nach älterm römischen Rechte stillschweigend nach

L. 17. D. de novat. et deleg.

oder nach Justinians neuerer gesetzlichen Vorschrift

§. 3. Inst. quib. mod. tollit. obl.
L. 8. C. de novat. et deleg.

nur ausdrücklich gemacht werden könne, kann nur dann erst erheblich werden, wenn über die Materie des Geschäffts kein Streit mehr obwaltet. Dieser konnte bey Abfassung des angefochtenen Erkenntnisses um so weniger eintreten, und eine Delegation für erwiesen angenommen werden, da die Revisen mittelst Eides erhalten hatten, daß sie niemals gesonnen gewesen, die Revidenten aus dem Anspruch zu lassen, vielmehr sie solche beständig für ihre Schuldner geachtet hätten.

Wie bereits bey der Vorfrage ausgeführet worden ist, haben die Revidenten die Richtigkeit und das Daseyn der behaupteten Delegation so wenig per ordinariam probationem dargethan, daß nicht einmal ein Juramentum necessarium zu erkennen nöthig gewesen wäre. Da indessen die Revisen den ihnen deferirten Eid nach der gerichtlich bestimmten Formel in der Maaße abgeleistet haben, daß er als ein Reinigungseid betrachtet werden kann; so hätte drittentheils das angefochtene Erkenntniß schon auf diesen Eid allein gebauet und die Exception für unerwiesen erkläret werden können, ohne daß daraus eine Nichtigkeit der angefochtenen Sentenz entstanden wäre. Ueberdem ist es eine bloße Vermuthung der Revidenten, welche die bey den Acten befindlichen Entscheidungsgründe geradehin widerlegen, daß die von den Revidenten angefochtene Sentenz vornehmlich auf den Eid der Revisen

visen gebauet worden sey. Bey dem offenbarsten Mangel des Beweises ihrer Exception konnte daher in Ansehung des Kostenpuncts für die Revidenten nicht gelinder erkannt werden, als daß solche compensiret wurden.

Bey dieser Lage der Sache konnte demnach unmöglich dem Gesuche der Revidenten nachgegeben werden, das angefochtene Erkenntniß brevi manu und ohne eine vorhergegangene weitere Verhandlung aufzuheben, und es nach dem Antrage der Revidenten abzuändern. Es konnte dieses noch um so weniger geschehen, da die übergebene Rechtfertigung der Berufung nichts enthielt, was eine weitere Verhandlung erforderte, und die Revidenten konnten sonach durch die Denegation der Appellationsprocesse nicht beschweret werden. Denn einestheils ging aus den Voracten die Unerheblichkeit der aufgestellten und vermeintlich gerechtfertigten Appellationsbeschwerden sofort hervor. Es würde unnütz seyn, hier dasjenige zu wiederholen, was bey Untersuchung der Vorfrage ist ausgeführet worden.

Nun wissen zwar anderntheils die Revidenten anzuführen, daß der Appellant berechtiget sey, sich des beneficii, nondum deducta deducendi, et nondum probata probandi zu bedienen, und meynen dadurch diese Beschwerde rechtfertigen zu können, weil ihnen durch die Abschlagung der Appellationsprocesse die Benutzung dieser Rechtswohlthat entzogen worden. Allein so wahr es ist, daß dieses beneficium dem Appellanten zustehet, eben so bekannt ist es auch, daß der Appellant in der Rechtfertigung seiner Berufung diejenigen neuen Thatumstände anführen, und die neuen Beweismittel namhaft machen müsse, von denen er sich eine Reformatoriam

verspricht. Hiervon kommt nun in dem Appellationslibell der Revidenten nichts vor. Denn dahin kann ihr Gesuch um Abhörung des Gerichtsschreibers Gillig und des Procurators Carl nicht gezogen werden. Worüber diese beiden Personen noch vernommen werden, und was sie bekundschaften sollen, ist nicht nur in den Voracten bereits angeführet, sondern auch von dem revisischen Ehemann zugestanden worden. Der von den Revisen abgeleistete Eid kann weder für nichtig gehalten, noch kann dagegen den Revidenten die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilet werden. Die Voracten besagen nemlich, daß, als die Revidenten den Beweis der Delegation anticipirten, sie über den 26sten bis zum 35sten Beweisartikel den Revisen den Eid zugeschoben haben. Die Revisen gestanden den Inhalt des 26sten bis 31sten Beweisartikels ein, leugneten den Inhalt des 32sten bis 35sten Artikels, setzten denselben die Einrede der Unerheblichkeit entgegen, acceptirten vorläufig den zugeschobenen Eid, und baten um richterliche Festsetzung der Eidesformel, dazu sie den [illegible]rag machten. Als diesem die Revidenten widersprachen, und darauf bestanden, daß die Revisen den angenommenen Eid in forma delati abzuleisten schuldig wären; so entstand über die Eidesformel, nach welcher der deferirte und von den Revisen acceptirte Eid zu leisten sey, ein Zwischenstreit, zu dessen Erledigung, nachdem die Parteyen mit ihrer rechtlichen Nothdurft vollständig gehöret worden waren, am 6ten Febr. 1793. ein Bescheid des Inhalts publiciret ward:

„daß nunmehro den Revisen zur Ableistung „des deferirten Eides, in so weit einige Ar„tikel noch nicht zugestanden worden, ein

„vier-

„vierzehntägiger Termin anzuberaumen sey;
„es wäre denn, daß Beide sämtliche Artikel
„schlechthin und ohne Anhang zugestehen woll-
„ten, binnen welcher Zeit denselben die Ein-
„sicht der Eidesformeln zu ihrer Selbstprü-
„fung verstattet seyn soll.„

So wenig der Sentenz selbst die Eidesformel einverleibet ist, so wenig ist aus der Publicationsregistratur dieses Bescheides zu ersehen, daß den streitenden Parteyen die vom Richter festgesetzte Eidesformel abschriftlich ist mitgetheilet worden. Die Acten zeigen auch nicht, daß solche intra decendium den Revidenten communiciret, oder diese um Einsicht derselben in den Acten nachgesuchet hätten, obschon besage der Publicationsregistratur dieser Bescheid beiden Anwälden ist eröffnet worden.

Als der Revisen Anwald am 18 Febr. 1793. zum Protokoll gab, daß seine Gewaltgeber das Juramentum nach der entworfenen Formel abschwören wollten, und um Ansetzung eines von ihm in Vorschlag gebrachten Schwörungstermins bat, widersetzte sich der Revidenten Anwald sofort diesem Terminsgesuche aus der Ursache, weil der Bescheid dem Schriftsteller der Revidenten, dem Professor Götz, nach Altdorf überschickt worden, und man also das Decendium vollends abwarten müsse. Am 20sten Febr. 1793. erschienen die Revisen in Person, und leisteten den Eid dahin ab:

„daß sie jederzeit, seit dem Absterben des Jo-
„hann David Müller, dessen Kinder und En-
„kel bis jetzt einig und allein für ihre Schuld-
„ner gehalten, und nicht erst durch den Aus-
„bruch des Müllerischen Fallaments und nach
„fehlgeschlagenem Gesuch von diesem fallirem-

„den Müller eine Hypothekverschreibung zu „erhalten, durch Rath zu diesem Gedanken „gebracht worden.„

Bey dieser Eidesleistung sind die Revidenten nicht gegenwärtig gewesen, wenigstens ist ihrer in der gerichtlichen Registratur nicht erwähnet, auch aus den Acten nicht zu ersehen, daß die Revidenten zur Beywohnung der Ableistung dieses Eides vorgeladen worden. Auf diesen Vorgang gründeten nun die Revidenten in der Salvation ihres Beweises sowohl die Behauptung der Nichtigkeit dieser Eidesleistung, als auch eventualiter ihr Gesuch um Wiedereinsetzung dagegen in den vorigen Stand; und weil auf beides nicht im Haupterkenntniß vom 11ten Aug. 1793. ist Rücksicht genommen worden, so halten sich die Revidenten dadurch für beschweret.

Allein der von den Revisen abgeleistete Eid ist selbst als zugeschobener Eid nicht als nichtig und als für nicht abgeleistet zu achten. Zwar führen die Revidenten gegen die Rechtsbeständigkeit dieses Eides mancherley an, aber ihre Gründe halten die rechtliche Prüfung nicht aus. Denn, wenn es gleich wahr ist, daß ein zugeschobener Eid in der Art abgeleistet werden muß, in welcher er deferiret worden,

L. 33. D. de jurejur. s. vol. s. neceff.

und daß die Eidesformeln, nach welchen die Revisen ihre Eide geleistet, nicht überall mit den Beweisartikeln, wobey die Eidesdelation gebraucht worden ist, übereinstimmet; so ist doch einestheils bekannt genug, daß jene gesetzliche Vorschrift nur auf den Fall gehet, wo derjenige, dem der Eid zugeschoben worden, gegen den Inhalt des Eides rechtlich nichts zu erinnern hat;

L. 17. D. eod.

dieser

dieser Grundsatz aber keine Anwendbarkeit haben könne, wenn die Parteyen darin uneinig sind, und darüber vom Richter ein Erkenntniß verlangen. In diesem Falle kommt es nicht mehr auf die ursprüngliche Delationsformel, sondern darauf an, ob der deferirte und acceptirte Eid nach der Formel abgeleistet worden sey, die der Richter bestimmte: Si de qualitate juramenti fuerit inter partes dubitatum, *conceptio ejus, arbitrii judicantis* est.

L. 34. §. 5. D. eod.

Offenbar unnütz würde diese Verordnung seyn, wenn in casu, quo de qualitate juramenti inter partes dubitatur, welcher hier eintritt, der Richter gezwungen wäre, die von ihm abzufassende Eidesformel nur nach der Absicht und dem Verlangen des Deferenten einzurichten, ohne Rücksicht, ob derselbe die Artikel, worüber er den Eid deferiret, mangelhaft eingerichtet, oder ihnen Umstände einverleibet hätte, welche auf die Entscheidung der Sache keinen Einfluß haben. Vielmehr muß das jus arbitrii judicantis circa conceptionem juramenti, de cujus qualitate partes disputant, eben darin sich wirksam zeigen, daß die von dem Deferenten ausgelassenen erheblichen Umstände in die Eidesformel gezogen, dagegen die unerheblichen daraus weggelassen werden, welche der Deferent mitbeschworen haben wollte, um solchergestalt den Eid anpassend und entscheidend zu machen. Unnütze und unerhebliche Eidesleistungen darf der Richter nicht zulassen. Und wenn der Deferent sich herausgenommen hat, hierwider in seiner Eidesdelation zu handeln, und der Richter verbessert den Fehler, so bleibet der dem richterlichen Erkenntnisse gemäß abgeleistete Eid immer ein deferirter Eid, wenn gleich

sein

sein Inhalt von dem Inhalte der fehlerhaften und widerrechtlichen Delationsformel abweichet. Aus einer solchen Abweichung kann die Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit des Eides nicht angefochten werden. Ob die Revisen die Revidenten seit 1780. bis zur Anstellung dieser gegenwärtigen Klage immer noch für ihre Schuldner gehalten, ohngeachtet ihnen Wilhelm Theodor Müller bekannt gemacht, daß er vermöge des Kaufvertrages übernommen habe, statt der Revidenten die Revisen zu befriedigen, und ohngeachtet diese dagegen nichts gehabt, sondern damit zufrieden gewesen, war nach der Beschaffenheit des Beweises und der Lage der Acten das entscheidende erhebliche Factum, welches durch den vorgeschlagenen Zeugen nicht einmal nach der Absicht der Revidenten bewiesen werden sollte, weil sie sonst ja ganz offenbar widerrechtlich über denselben Umstand den Zeugenbeweis mit der Eidesdelation verbunden haben würden. Dieses entscheidende streitige Factum ward aber völlig ins Reine gebracht, es mochten nun die Revisen den vom Richter normirten Eid ableisten, oder dessen Leistung verweigern. Eben diese Relevanz ist in dieser Eidesformel so deutlich ausgedruckt, daß keine Reservatio mentalis denkbar, und die daher angenommene andere Ursach der Nichtigkeit dieses Eides unerfindlich ist. Denn da die Revisen beschworen, daß sie beständig die Revidenten wegen ihrer Anforderung für ihre Schuldner gehalten, und den Wilhelm Theodor Müller nie für ihren alleinigen Schuldner geachtet; so bekam der Richter die Gewißheit, daß keine Delegation, sondern nur eine Adjectio novi debitoris geschehen wäre. Wenn die Revidenten drittens diese Eidesleistung darum für nichtig erklären, weil der Eid contra evidentiam facti abgeleistet wor-

worden, und sie sich zur Rechtfertigung dieser Behauptung generaliter auf die Acten berufen, so ist dieses Anführen dadurch vollständig abgefertiget, wenn man bemerket, daß es actenwidrig sey.

Alles, was aus den Acten hervorgehet, ist, daß von den Revidenten dem Wilhelm Theodor Müller, ihrem Abkäufer, ein Jussus de solvendo Revisis ertheilet worden, um mit der Quitung der Revisen das Kaufgeld zu liquidiren; daß die Revisen damit zufrieden gewesen; der Müller diesem Jussui pro parte nachgekommen; und daß dieser die Revidenten durch die von ihm den Revisen geleistete Particularzahlung pro parte liberiret habe. Dieser Evidentiae facti widerspricht aber der geleistete Eid nicht. Wollte nun auch ferner gesagt werden, daß deshalb auf diese Eidesleistung keine Rücksicht genommen werden könne, weil die Eidesformel dem Normalbescheide vom 6ten Febr. 1793. nicht inseriret, auch aus den Acten nicht zu ersehen sey, daß solche den Revidenten vorher zu Beobachtung ihrer rechtlichen Nothdurft weder abschriftlich mitgetheilet, noch die Revidenten vorgeladen worden, solche in den Acten zu inspiciren, demnach daß die Revidenten dagegen gar nicht gehöret worden, auch aus den Acten nicht zu entnehmen stehe, daß die Revidenten vorgeladen worden, der Eidesleistung beyzuwohnen, oder ihnen ein mandatarius ad videndum jurari, ex officio bestellet worden sey; so kann aus allem diesem doch keine Nichtigkeit dieser Eidesleistung gefolgert werden. Denn die Eidesformel ist so gefaßt, und dem Zustande der Sache so angemessen, daß selbst d[illegible] Revidenten jetzt bey allem ihrem Bestreben, diesen Eid zu entkräften, gegen diese Formel nichts haben einwenden können. Bey der unbezweifelten Gewißheit, daß die Revidenten gegen diese Eidesformel mit Rechtsbestande nichts

ein

einwenden können, haben sie auch dadurch nichts verlohren, wenn sie etwa nur erst nach abgeleistetem Eide von diesen Formeln Nachricht erhalten hätten. Da die Revidenten ferner vom Anfang des Streits an von Rechtsgelehrten berathen waren, so mußten sie ferner wissen, quod jura partium et acta sint communia. So wie also in dem Normalbescheide den Revisen zur Einsicht der richterlich abgefaßten Eidesformel eine 14tägige Frist zur Beprüfung ausdrücklich gesetzt war; so stand eben diese 14tägige Frist den Revidenten zur gleichmäßigen Prüfung offen. Wenn sie also post publicatam sententiam sich ihres Rechts nicht bedienten, so war das ihre Schuld. Und was das zweyte betrifft, so stehet überhaupt dem Gerichte die Vermuthung der Legalität dahin zur Seite, daß angenommen werden kann, die Revisen seyen zur Beywohnung der Eidesleistung gehörig vorgeladen, und es sey mit der Abnahme des Eides ordnungsmäßig verfahren worden, wenn gleich solches nicht in den Acten bemerket worden ist. Anderntheils würde auch, wenn angenommen wird, daß die Revisen zur Beywohnung dieser Eidesleistung nicht vorgeladen worden, ihnen auch kein mandatarius ad videndum jurari ex officio wäre bestellet worden, keine Nullität der Eidesleistung entspringen.

Die Vorladung ad videndum jurari ist bekanntlich nur eine Citatio monitoria, deren Unterlassung keine Nichtigkeit erzeuget. Und wenn die wirkliche Eidesleistung, und daß sie sonst vorschriftsmäßig vorgenommen worden, wie hier der Fall ist, nicht bezweifelt werden kann, bewirkt die Absentia ejus, contra quem juratur, keine Nichtigkeit.

Da nun hieraus den Revidenten überall kein Schaden und Verlust erwachsen ist, noch erwachsen können; so ergiebet sich daraus von selbst der Ungrund

grund des Geſuchs um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen dieſe Eidesleiſtung. Denn ſo gegründet auch dieſes Geſuch der Revidenten in theſi juris iſt, ſo ungegründet iſt doch bey den ſo eben ausgeführten Umſtänden und dem völligen Abgang einer Läſion, ohne welche keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtattfindet, ſolches Geſuch in hypotheſi.

So iſt denn auch die gegen den reviſiſchen Ehemann wegen eines unternommenen Falſi angebrachte Denunciation nicht von der Beſchaffenheit, daß darauf eine ſolche Unterſuchung gebauet werden könnte, deren Ausgang auf dieſe Civilſache einen Einfluß haben möchte. In dieſer Hinſicht iſt die angebrachte Denunciation für unſtatthaft zu achten.

Offenbar beabſichtigen bey dieſer Denunciation und der dadurch gegen den reviſiſchen Ehemann zu veranlaſſenden Unterſuchung und Beſtrafung deſſelben die Revidenten nichts anders, als den Reviſen die rechtliche Wirkung des von ihnen abgeſchwornen Eides in dieſer Civilſache entweder ganz zu entziehen, oder doch wenigſtens die Sache aufzuhalten. Letzteres iſt, wie das Erſtere, unſtatthaft.

Denn, ſelbſt angenommen, daß das denunciirte Falſum wirklich zu Stande gekommen, und ſo bösartig ſey, daß der reviſiſche Ehemann mit der in dieſen Vergehungsfällen ſtattfindenden Strafe der Ehrloſigkeit belegt werden müßte;

v. Quiſtorps Grundſ. des deutſch. peinl. Rechts, §. 409.

So würde doch der einmal abgeleiſtete deferirte Eid dadurch an ſeiner Wirkſamkeit nichts verlieren. Denn einestheils iſt es bekannt genug, daß die Wirkung einer als Strafe erkannten, oder aus einer Beſtrafungsart entſpringenden Ehrloſigkeit erſt von dem Tage der Rechtskraft des peinlichen Straferkennt-

erkenntnisses anfängt, und auf vorhergehende Fälle nicht zurückgezogen werden könne. Gesetzt, der revisische Ehemann verlöhre wegen seiner Unthat die Zulässigkeit, einen Eid zu leisten; so würde er doch nicht für die Zeit, wo er den ihm zugeschobenen Eid ableistete, für unzulässig zur Eidesableistung geachtet werden können. Wenn aber auch diese Unzulässigkeit auf die Vergangenheit zurückgezogen werden könnte; so würde doch dadurch der von dem revisischen Ehemann geleistete Eid an seinen Kräften nichts verlieren. Denn die aus einem Verbrechen entspringende Ehrlosigkeit wirkt nur soviel, daß, wenn der Ehrlose mit einem Manne von unbescholtenem Leumuth einen Rechtsstreit überkommt, er seinem Gegner keinen Eid zuschieben könne. Wenn ihm selbst aber kein Haupteid unter diesen Umständen zugeschoben werden könnte; so würde er von seiner Ehrlosigkeit einen Vortheil haben, wenn sein Gegner, der kein anderes Beweismittel hat, aus Mangel des Beweises den Proceß verlöhre. Auch könnten die Revidenten die geschehene Eidesdelation nicht einmal deshalb zurücknehmen, da ihnen das Factum denunciatum zur Zeit der Eideszuschiebung bereits bekannt war.

Bey dieser Lage der Sache kann es weiter keinen Zweifel haben, daß die Revidenten sich in allen Puncten eines unerlaubten Mißbrauchs der eingelegten Rechtsmittel schuldig gemacht haben. Wann sie nun wegen dieser Rechtsverzögerung den Revisen die hierdurch verursachten Kosten zu erstatten schuldig sind:

So sind wir überall, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

VII.

1) Ueber die Natur der Bestechungen, und in wie fern die Römischen Gesetze, welche sich auf diesen Gegenstand beziehen, auf unsere Zeiten und Länder anwendbar sind.

2) Besonders über die Anwendbarkeit l. 4. §. 2. D. de off. Proconf.

3) Die Eröffnung einer nähern Untersuchung der pflichtwidrigen Handlungen eines Staatsbeamten zieht nicht nothwendig die Suspension nach sich.

Nach Hannover an die Justiz-Canzley.

Auf die wider den reitenden Förster *, wegen dienst- und pflichtwidriger Handlungen verhandelten, in 84 Numeris bestehenden Untersuchungs- und fünf Convolute Hülfs-Acten; Erkennen Königl. Großbritannische ꝛc.

Daß mit der Untersuchung gegen den reitenden Förster * weiter zu verfahren, zu diesem Ende die noch mangelnden Forstrechnungen, besonders die vom 1ten May 1792 bis dahin 1793, zu den Acten zu bringen, und ein Procurator Camerae zu bestellen sey, welchem obliegt, sowohl aus den Rechnungen, als den übrigen Acten, die Rechnungsmängel und übrigen Klagepuncte auszuziehen, damit darüber sowohl Inculpat, als auch die schon im Allgemeinen vernommenen und etwa sonst noch

zu ernennenden Zeugen, abgehört werden können; wie denn auch Inculpatem freysteht, gegen diese zum Beweis wider ihn aufgestellten Zeugen einen Gegenbeweis durch Zeugen oder sonst zu führen. Sämmtliche Zeugen sind, mit Ausschluß der Jacobischen Eheleute, zu beeidigen, so weit sich nicht in der Folge der Untersuchung Gründe ergeben, sie unbeeidigt zu lassen. Nach geschlossener Untersuchung steht dem Inculpaten frey, eine abermalige Vertheidigungsschrift einzureichen, und ergehet sodann ferner, was Recht ist. V. R. W.

Geschichtserzählung und Gründe.

Die Veranlassung zu der gegenwärtigen Untersuchung war folgende:

Der D** von M** zu H** sagte gelegentlich in einem Berichte, welchen er von Amtswegen an die Königl. Großbritannische und Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgische Kammer zu Hannover erstattete:

> Ueber den reitenden Förster * werden seit einiger Zeit von den Unterthanen verschiedene Beschwerden geführt. Ob aber dieses durch Genauigkeit in Beobachtung seiner Dienstpflicht, oder aber dadurch verursacht wird, daß diejenigen, welche ihm Geschenke bringen, alles von ihm erlangen können, diejenigen aber, welche dieses nicht thun, auch dagegen desto strenger behandelt werden, kann noch nicht mit Gewißheit behaupten, da niemand wirklicher Denunciant seyn will.

Dies veranlaßte das hohe Rescript vom 13ten Aug. 1787, wodurch dem Referenten aufgegeben wurde,

die

die Gründe dieser Anzeige näher anzugeben. Zufolge dessen überreichte gedachter D** von M** verschiedene Denunciations-Protocolle, welche nebst dem Berichte selbst dem Oberforstmeister von St* zur Untersuchung und Berichtserstattung zugefertiget wurden. Dieser überreichte hierauf eine Vernehmlassung des reitenden Försters *, worin dieser die Gründe der angebrachten Denunciation in der den Forst-Interessenten unangenehmen bessern Oekonomie zu Erhaltung der Forsten und in der feindseligen Gemüthsstimmung des D** von M** und des Oberförsters H** setzt.

Als in der Folge, nemlich im Monat May 1792, die Denunciation des Friedrich Hillebrecht einkam, welcher den reitenden Förster * ebenfalls der Bestechung beschuldigte: so wurde die Untersuchung dieser Vergehung dem D** von St** und dem Oberförster B** aufgetragen. Diese Untersuchungscommission legte ihm die sub spe rati geschehene Anweisung des Bau- und Nutzholzes, so wie der Schleiter- und Schäferspicken, zur Last; trug aber gleichwohl wegen des starken Hasses der Unterthanen auf Translocation an, bemerkte jedoch, daß er die Forsten in gutem Stande erhalte.

Nachdem dieser Bericht dem Oberforstmeister von St* zur näheren Prüfung zugefertiget wurde, fand dieser zwar ebenfalls, daß das Forstrechnungswesen nicht in der gehörigen Ordnung sey; daß aber die Forstrechnungen vom 1ten May 1792. bis dahin 1793. noch mangelten, daß das darunter begangene Versehen von dem Amte veranlaßt worden, und der Oberförster mehr Schuld daran habe, als Inculpat, daß zwar eine Versetzung des reitenden Försters * zu wünschen, aber unthunlich sey, weil es keinen so guten Försterdienst in dem Depar-

tement gebe, daß die Bestechung schwerlich vollständig bewiesen werden dürfte, und der * zum Reinigungseid bereit sey, übrigens aber derselbe wegen seiner Geschicklichkeit und Thätigkeit nicht genug gerühmt werden könne.

Es wurde hierauf der Inculpat zur Erklärung aufgefordert, ob er nachstehenden Eid ableisten wolle:

Ihr sollet einen Eid schwören zu Gott und sein heiliges Wort, daß ihr von dem Müller Jacobi, dem Tagelöhner Rörig und dem Tischler Bruns zu Walbrechtshausen, keine solche Geschenke, als dieselben in Absicht auf gesuchte Holz-Anweisungen euch gemacht und gebracht zu haben angezeiget, weder selber angenommen habet, noch auch dergleichen Geschenke mit eurem Wissen und Willen von eurer Ehefrau angenommen seyn, vielmehr nicht anders wisset, als daß alles dasjenige, was an Tauben, Grütze, Zwetschen, Flachs und dergleichen von den zuvorgedachten Denuncianten in euren Haushalt gekommen seyn möchte, denselben, wann nicht in natura wieder erstattet, jederzeit mit Gelde nach dem dort gänge und gebe gewesenen Preise bezahlt worden sey.

Inculpat war bereit, ihn abzuleisten, nur zeigte er an, daß er den letzten Ausdruck des Eides:

„daß alles dasjenige, was an Tauben, Grütze,
„Zwetschen, Flachs und dergleichen, von den
„in der Eidesformel gedachten Denuncianten
„in seinen Haushalt gekommen, und so nicht
„in natura wieder erstattet, nach gäng und
„gebe gewesenen Preisen sey bezahlet worden„

im Zutrauen auf seine Frau ablege, als die solches allein unter Händen gehabt, und er erbitte sich daher eine Abschrift dieser Eidesformel, um sich darüber näher zu erklären. Inculpat bat hierauf die Ausdrücke des Eides:

> daß die von Denuncianten in seinen Haushalt gebrachten Sachen, wo nicht in natura wieder erstattet, doch jederzeit mit Gelde nach den gänge und gebe gewesenen Preisen bezahlet worden,

dahin zu ändern,

> daß diese Preise im baaren Gelde zu Verkäufers bezeugter Zufriedenheit bezahlet worden.

Zum Grunde dieser Abänderung führt er an, daß er davon, was zur Haushaltung gekommen, selbst keine so genaue Kenntniß habe, sondern den Eid nur in Vertrauen auf seine Frau ableisten könne. Diese Erklärung wurde höhern Orts angezeigt, die Abnahme des Eides aber nicht verordnet.

In der Folge wurde eine justizmäßige Untersuchung der Sache verfügt, diese wirklich durch abermalige Vernehmung der Denuncianten, und aller derer, welche über die Sache Auskunft geben konnten, wie auch des Denunciaten selbst, geführt, und auch eine Vertheidigung zur Abwendung der Special-Inquisition eingereicht, so daß also jetzt darüber zu erkennen ist, ob Inculpat freyzusprechen, oder mit der Special-Inquisition gegen ihn zu verfahren sey.

Inculpat wird des criminis repetundarum et residui beschuldiget. Bey dem zur Untersuchung gekommenen crimine repetundarum ist vor allen Dingen die Frage zu entscheiden:

ob die Annahme der Haushaltungs-Nothdurften, deren Inculpat beschuldiget wird, strafbar sey, und ob es nicht deshalb an einem corpore delicti mangele?

Defensor beruft sich deshalb auf L. 18. D. de Officio Praesidis Provinciae, wo es heißt:

> Plebiscito continetur, ne quis praesidum munus donum caperet, nisi esculentum potulentumve, quod intra dies proximas prodigatur;

imgleichen auf L. 6. §. 3. D. de Officio Proconsulis, welche so lautet:

> non vero in totum xeniis abstinere debebit Proconsul, sed modum adjicere — neque avare modum xeniorum excedat.

Bey dem ersten Anblick scheint es allerdings, als ob diese Gesetze den Staatsbeamten nicht nur erlaubten, sondern sogar beföhlen, sich gegen ihre Untergebenen auch durch Annahme der Beweise ihrer Ergebenheit gefällig zu bezeugen, wenn sie nur diese Dienstbeflissenheit nicht auf eine eigennützige Weise mißbrauchten. Dieses scheint besonders die Worte des zuletzt gedachten Gesetzes anzuzeigen, wo es heißt:

> Quam rem Divus Severus et Imperator Antoninus elegantissime epistola sunt moderati, cujus epistolae verba haec sunt:
>
> Quantum ad xenia pertinet, audi, quid sentimus; vetus proverbium est: ἔτε πάντα, ἔτε πάντοτε, ἔτε παρὰ πάντων, i. e. neque omnia, neque quovis tempore, neque ab omnibus. Nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est, et omnia avarissimum.

Hier

Hier werden offenbar die durch Gewohnheit eingeführten Geschenke ausgenommen, deren mit gütiger Herablassung verbundene Annahme mehr den Gebenden dem Empfänger, als diesen jenem verpflichtet, deren Darreichung den Gebenden erfreuet, aber nicht belästiget, und deren höflicher Gebrauch den Geber ehrt, ohne den Empfänger zu bereichern.

In der That scheint hier das Gesetz die rauhe Strenge zu mißbilligen, mit welcher obrigkeitliche Personen diese kleinen Gefälligkeiten ihrer Untergebenen zurückweisen, und wodurch sie oft nur zu erkennen geben, daß ihre Gunst für einen so geringen Preiß nicht feil sey. Allein es fällt auch nicht weniger in die Augen, daß zwischen den Geschenken, welche den obrigkeitlichen Personen nach Art einer Ehrenbezeugung bey dem Antritt ihres Amts, bey ihrer Ankunft in der Provinz und zu bestimmten Zeiten dargereicht werden, und zwischen denen, welche ihnen gemacht werden, um dadurch ihre Gunst zu einem gewissen Zwecke zu gewinnen, ein großer Unterschied sey. Nur die Xenia werden von dem Verbote, Geschenke zu nehmen, ausgenommen, und auch in Ansehung dieser wird hinzugefügt:

sed nec xenia producenda sunt ad munerum qualitatem.

Es ist auch ganz irrig, wenn man den Unterschied zwischen den erlaubten und unerlaubten Geschenken allein in der Eigenschaft der esculentorum et potulentorum setzt. Denn sonst würde die Bestimmung:

neque quovis tempore, neque ab omnibus,

ganz überflüssig seyn. Um so viel, als möglich, alle Mißbräuche an der Wurzel abzuschneiden, wird befohlen:

nec Praesides provinciarum in ulteriorem familiaritatem provinciales admittant.

L. 19. D. de officio Praesidis.

Denn man sah wol ein, daß diese genaue Bekanntschaft mit den Untergebenen nicht nur das persönliche Ansehen der Obrigkeit mindere, sondern auch zu gegenseitigen Gefälligkeiten Anlaß gebe, welche sehr leicht in wahre Bestechungen ausarten können.

Erwägt man alles dieses sorgfältig, so kann man den wahren Geist des Gesetzes nicht verfehlen. Die Absicht der römischen Gesetze ist ohne Zweifel, das eigentliche crimen repetundarum zu verhindern, welches sowohl durch Erpressung als durch Bestechung ausgeübt wird. Lege Julia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum decernendumve acceperit, vel quo magis vel minus quid ex officio suo faceret.

Weil es aber leicht ist, die Absicht der gegebenen und genommenen Geschenke zu verbergen: so ward es nöthig, die Annahme der Geschenke gewissen Personen gänzlich zu untersagen. Daher die Verordnung Justinians in der Novell. 8.:

Subiit igitur animum cogitatio, quo pacto omne id, quod in provinciis nostris damnosum est, uno et generali actu ad meliora transferemus. Hoc vero eventurum invenimus, si efficiamus, ut Praesides Gentium, qui civiles magistratus in provinciis gerunt, puris manibus utantur, et ab omnibus muneribus, illis solum, quae ex publico dantur, contenti, abstineant.

Damit auch die Bestechlichkeit der Männer nicht hinter die Künste der Weiber versteckt, oder die Schwachheit der erstern die Begierlichkeit und Habsucht

ſucht der letztern zu Bedrückung der Provinzen begünſtigen möchte, wurde, wie Ulpian L. 4. §. 2. D. de officio Proconſulis lehrt, folgendes verordnet:

> Proficiſci autem proconſulem melius quidem eſt ſine uxore; ſed et cum uxore poteſt; dummodo ſciat, ſenatum, Cotta et Meſſala conſulibus, cenſuiſſe futurum, ut, ſi quid uxores eorum, qui ad officia proficiſcuntur, deliquerint, ab ipſis ratio et vindicta exigatur.

In gleicher Rückſicht wurde vorgeſchrieben, daß der Richter anders nicht, als in publico angetreten werden ſolle.

L. 1. §. 9. D. quand. appell.

Nach andern Beſtimmungen in Anſehung der Zeit, wo obrigkeitliche Perſonen ſich ſprechen laſſen ſollten, ſind in lege 6. C. Th. de officio Proc. prov. und in Lege un. C. Th. de offic. Jud. civ. enthalten.

Alles dieſes aber ſind eigentlich Policeygeſetze, welche ſich auf römiſche Verfaſſung und Sitten beziehen, und die, wenn ſie auch zum Theil auf unſere Verfaſſung anwendbar ſind, dennoch als Strafgeſetze nicht vollzogen werden können, weil unſern zum Theil ungelehrten Beamten die Kenntniß ſolcher, obſchon nützlichen, doch willkührlichen römiſchen Beſtimmungen, nicht zuzumuthen iſt.

Nur das, was in dem Weſen der Sache und in dem Zwecke ihrer Amtsverrichtungen liegt, darf ihnen zur Pflicht gemacht werden, ſo weit es von ihnen erkannt werden kann, oder in ihrer beſondern Inſtruction gegründet iſt. Gewiß überſteigt es die Faſſungskraft des einfältigſten Mannes nicht, daß er ſeine Amtspflicht treu erfüllen, und ſich dabey nicht durch Gunſt und Ungunſt leiten laſſen müſſe. Eben ſo einleuchtend iſt es einem jeden, daß die

vom Staate besoldeten Beamten, außer den ihnen angewiesenen Vortheilen, von dem, der seines Amts bedürfe, keine Belohnung verlangen dürfen. Ja es wird eben keine besondere Einsicht erfordert, um zu begreifen, daß es nicht weniger unrecht sey, denen, welche ein Recht auf die Hülfe des Beamten haben, aber kein Mittel anwenden, seine Gunst zu gewinnen, eine schleunige Hülfe zu versagen, als es strafbar ist, wenn der unrechtmäßige Privatvortheil ausdrücklich gefordert oder ausbedungen wird. Hiernächst könnte es scheinen, als hätte es der vorhergehenden Ausführung aus den römischen Gesetzen ganz und gar nicht bedurft, und der Vorwurf würde gegründet seyn, wenn es nicht Rechtsgelehrte gegeben hätte, welche das, was der gerade Menschensinn zu erkennen giebt, durch Berufung auf die römischen Gesetze zu verdrehen suchten, und behaupteten, daß Geschenke, welche in Eßwaaren bestehen, ohne Besorgniß einer Strafe von jedem Staatsbeamten angenommen werden dürften.

Prosper. Farinac Oper. T. I. Qu. III. n. 250. sq.

Allein obgleich cap. 11. §. 4. de Rescriptis in sexto hiermit übereinzustimmen scheint, und die neuen Canonisten besondere Gründe hatten, das von den ältern verworfene geistliche Sportuliren in Schutz zu nehmen: so findet sich doch bey näherer Betrachtung, daß nur von Commissionsgebühren, und allenfalls von der Ausübung der Gastfreyheit gegen die am Orte nicht einheimischen obrigkeitlichen Personen, die Rede sey. Das Resultat von dem allen bleibt demnach:

1) daß der Beamte strafbar sey, welcher das ihm anvertrante öffentliche Interesse eines Privat-Interesse wegen aus den Augen setzt;

2) daß

2) daß auch der Strafe verdient, welcher sich Geschenke geben oder versprechen läßt, oder sich sonst Privatvortheil zueignet, um eine ohne Belohnung schuldige Amtshandlung zu leisten;
3) daß der, welcher von denen, die sich seines Amts bedienen, Geschenke oder andere Privatvortheile einräumen oder bewilligen läßt, sich einer Verletzung seines Amts verdächtig macht;
4) daß hierbey die Art des Vortheils keinen Unterschied macht, sondern nur den geringern oder größern Grad der Strafbarkeit bestimmen könne.

So gewiß es daher auch ist, daß die Annahme der Eßwaare, wenn sie zugleich den Empfänger bereichert, der Annahme des Geldes, wofür diese Bedürfnisse angeschafft werden können, vollkommen gleich zu rechnen sey, und daß es weniger Eigennutz verrathe, wenn solche Eßwaaren angenommen werden, welche der Empfänger sich sonst nicht angeschafft haben würde, und durch deren Annahme er also keine Geldausgaben ersparet hat: so ist es doch auch unerlaubt, um irgend eines Genusses willen seine Amtspflicht aus den Augen zu setzen. Selbst in dem Falle, wenn der Beamte sich dadurch nur zur Erfüllung seiner Pflicht antreiben läßt, verletzt er diese doch dadurch, daß er die Untergebenen nöthiget, seine Begierlichkeit zu befriedigen. Dies stimmt auch mit dem römischen Recht überein, welches sogar die ihrer Natur nach gutartigen Leidenschaften den obrigkeitlichen Personen untersagt, wenn sie sich dadurch in ihren Amtsverrichtungen leiten lassen.

L. 19. §. 1. D. de offic. Praef.

Wenn

Wenn nun also, wie Defensor selbst anführt, die Landesgesetze allen denen, welche in Regierungs-, Cammer-, Justiz- und andern Sachen Geschenke zu nehmen, oder durch die Ihrigen, unter welchem Vorwande es auch sey, nehmen zu lassen, sich unterstehen sollten, die Amtsentsetzung, auch nach Befinden der Umstände noch härtere Strafe androhen: so ist kein Grund vorhanden, die Geschenke und Eßwaaren hiervon auszuschließen. Noch weniger kann diese Entschuldigung denen zu statten kommen, welche ihre Wohnung unter denen aufgeschlagen haben, gegen welche sie ihr Amt verwalten sollen. Denn in Ansehung derselben fällt der Grund, daß die Gastfreundschaft gegen sie ausgeübet worden, gänzlich hinweg, und noch weniger gilt diese Entschuldigung bey subalternen Beamten, deren Gehalt und Vermögensumstände so beschaffen sind, daß die Kosten, welche die Bestreitung einer einzigen Mahlzeit erfordern, nicht als unbeträchtlich angesehen werden können, und deren Hauptbedürfnisse eben in der Anschaffung solcher Eßwaaren bestehen.

Es kommt also nur noch auf Untersuchung der Frage an:

ob Inculpat sich wirklich der angeschuldigten Thathandlungen schuldig gemacht habe?

Auf die Entscheidung dieser Frage hat die Frage:

ob Inculpat ein Mensch sey, zu dem man sich der That wol versehen kann?

allerdings keinen geringen Einfluß.

Wie es sich aus der vorausgeschickten Geschichte des Processes ergiebt, müssen alle, welche bisher über seine Amtsführung ein Gutachten erstattet haben, selbst diejenigen, welche auf seine Bestrafung antragen, ihm die Gerechtigkeit widerfahren

ren lassen, daß er ein geschickter und thätiger Forstbedienter sey, und daß sie die Forsten, welche er zu besorgen hat, im guten Zustande gefunden haben, und es ist wenigstens soviel gewiß, daß das öffentliche Interesse bey seinen pflichtwidrigen Handlungen nur wenig gelitten haben kann. Allein, da es vorzüglich die Forst-Interessenten sind, welche sich über ihn beklagen, so läßt sich dennoch der Fall wol denken, daß er das, was er dem einen widerrechtlich entzogen, dem andern eben so widerrechtlich zugewendet habe, als wobey die Forsten selbst im guten Zustande geblieben wären.

Da indessen die vom Defensor beygefügten Atteste zugleich seine Treue und Rechtschaffenheit rühmen: so entsteht daraus eine starke Vermuthung, daß er sich den Haß der gegen ihn auftretenden Forst-Interessenten vorzüglich durch seinen ihnen lästigen und ihrem Interesse zuwiderlaufenden Amtseifer zugezogen habe.

Auch dadurch hat er sich ein gutes Zutrauen des Richters erworben, daß er sich weigerte, den Reinigungseid, welcher ihn auf einmal aus aller Verlegenheit ziehen konnte, vorgeschriebenermaßen abzuleisten.

Allein eben dadurch hat er auch die Vermuthung wider sich erregt, daß die von seiner Ehefrau bezahlten Eßwaaren nicht immer zu ihren wahren Preisen bezahlt worden, und es steht ihm also L. 8. D. de Lege Julia repetundarum entgegen.

Prüft man nun insbesondere ꝛc. *).

Allein in Fällen, wo das strafbare Factum einer Concussion ähnlicher, als eine Bestechung ist, kann ein gemeiner Mann, welcher glaubt, daß er nur auf

*) Da das Detail dieser Sache für das Publicum nicht interessant genug ist, so habe ich es weggelassen.

auf diesem Wege zu dem, was ihm gebührt, gelangen kann, nicht für strafbar gehalten werden, zumal wenn er das Beyspiel anderer Leute, welche er für gute und ehrliche Menschen hält, für sich anführen kann. In einem solchen Fall läßt sich die Meinung Leysers

in medit. ad ff. spec. 148. med. 9.

und Augustins

can. 15. §. 1. C. 14. 9. 5.

rechtfertigen. *)

Bey dieser Lage der Sache war es also nicht möglich, den Inculpaten gänzlich oder nur einstweilen freyzusprechen, sondern es mußte auf Fortsetzung der Untersuchung erkannt werden. Nun sind zwar verschiedene Rechtslehrer der Meinung, daß man, um die nachtheiligen Folgen der Special-Inquisition zu heben, durchgreifen, und sogleich allenfalls auf eine außerordentliche Strafe erkennen solle.

Westphals Criminalrecht, Anmerk. 143. §. 4. 5.

Dies war aber im gegenwärtigen Falle schon darum nicht möglich, weil ohnedies verschiedene Puncte einer nähern Untersuchung bedurften. Hierzu kommt, daß ausdrückliche justizmäßige Untersuchung verfügt worden, und also die hohe Behörde nicht gemeynet ist, einen Dienstgriff zu verstatten. Eben so wenig war es möglich, auf einen Reinigungseid zu erkennen. Denn, nicht zu gedenken, daß noch vorher verschiedene Thatsachen mehr ins Licht gesetzt werden mußten: so steht auch hier die Weigerung des Inculpaten, den Reinigungseid vorgeschriebenermaßen abzuleisten, im Wege. Denn die Versicherung, daß die Preise der gelieferten Haushaltungs-

Bedürf-

*) Hier ist wieder eine für das Publicum nicht interessante Stelle weggeblieben.

Bedürfnisse mit Zufriedenheit der Interessenten bestimmt worden, würde die Verordnung L. 8. §. 1. D. de Lege Julia repetundarum nicht heben.

Gewiß ist es zwar, daß L. 4. §. 2. D. de offic. Proconf. auf Inculpaten nicht angewendet werden, und ihm nicht zugemuthet werden kann, alle Handlungen seiner Ehefrau zu vertreten.

Aber bey einer kleinen Haushaltung konnten auch die Erpressungen, welche sich die Ehefrau zu Schulden kommen ließ, dem Ehemanne schwerlich unbekannt bleiben, und es muß daher dieser Umstand möglichst ins Klare gesetzt, dem künftigen Richter aber die Bestimmung überlassen werden, in wie fern Inculpat deshalb ab instantia zu absolviren, oder mit einer außerordentlichen Strafe zu belegen sey.

Dagegen ist kein rechtliches Hinderniß vorhanden, warum nicht das, was zum Wesen der Special-Inquisition gehört, vorgenommen, der Name eines Inquisiten aber vermieden werden könne, zumal da es ohnedies rechtlich ist, den Nachtheil, welcher den Inculpaten erst, nachdem er des Verbrechens überführt ist, treffen sollte, während der Untersuchung so viel als möglich zu entfernen. Dies ist auch in Ansehung des Inculpaten um so unbedenklicher, da ihm seine Vorgesetzten das beste Zeugniß geben, die Aufsicht des Oberförsters nach der Versicherung des Oberforstmeisters von St* sehr leicht, und also kein Nachtheil von der Fortsetzung seiner Amtsverwaltung zu besorgen ist.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall so, wie im Urtheil geschehen ist, erkannt werden müssen.

VIII.

Die zum Besten der Kinder nicht gereichende Pupillar-Substitution wird durch die Gültigkeit der väterlichen Verordnung unter den Kindern nicht aufrecht erhalten.

Nach Hall in Schwaben an Bürgermeister und Rath.

Als die Herren uns eingewandtes Rechtsmittel der Revision, dessen Rechtfertigung und dagegen eingereichte exceptivische Vernehmlassung und übrige Verhandlungen, in Sachen des dasigen Rathsadvocaten Seibeth, als legitimirten Anwaldes der Canzlist Stellwagischen Wittwe und des Ehrn Pfarrer Ruschin Eheconsortin zu Rothenburg ob der Tauber, gebohrnen Gammersfelderinnen, als Gammersfelderischen Testamentserbinnen, vorherigen Imploraten, nachmaligen Appellanten und jetzigen Revidenten, an einem, wider die in den Acten benannten Georg Albrecht Textorischen Enkel, als Gammersfelderische Intestaterben, vorherige Imploranten, nachmaligen Appellaten und jetzigen Revisen, am andern Theile, betreffend einen Erbschaftsstreit über der daselbst verstorbenen, Canzlist und Amtsschreiber Gammersfelderischen taubstummen Tochter hinterlassenes Vermögen, in einem anbey zurückkommenden Actenbande zugesendet ꝛc.

Daß es, des eingewandten Rechtsmittels der Revision ungeachtet, bey den beiden vorigen Erkennt-

kenntnissen vom 23sten März 1795. und 23 Sept. 1796. lediglich sein Bewenden behalte; auch sind revidentische Principalen die Kosten der Revision und jetzigen Actenversendung allein zu tragen, und dem Gegentheil zu erstatten gehalten. V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Denn es ist hier ein privilegirtes älterliches Testament und eine substitutio quasi pupillaris vorhanden. Revident behauptet, daß dieselben Feyerlichkeiten, welche zu Aufrechthaltung des älterlichen Testaments selbst dienten, auch hinreichten, die Gültigkeit der zum Besten der Kinder nicht gereichenden Pupillar-Substitution zu bewähren.

Es würde überflüssig seyn, die hier erregte Streitfrage durch Autoritäten entscheiden zu wollen. Denn Revident selbst hat es anerkannt, daß er wichtige Rechtslehrer wider sich habe. Eben deswegen hat er die Richtigkeit ihrer Gesetzauslegung bestritten, und hierbey allein wird es auch nur nöthig seyn, zu verweilen.

Es ist bekannt, daß die privilegirte Form der älterlichen Testamente nur den Kindern, aber nicht andern etwa dadurch begünstigten Personen, zu statten komme. Aber Revident behauptet, daß dennoch die Pupillar-Substitution, von welcher hier die Rede ist, gültig sey, weil sie mit dem Haupttestamente zugleich stehe und falle. Es steht ihm hierbey folgender disjunctiver Satz entgegen.

Entweder betrachtet man beide letztwillige Verordnungen als eine, oder als verschieden.

Im ersten Falle stehen ihm die Gesetze entgegen, welche die älterlichen Dispositionen nur zum Vortheil der Kinder gelten lassen. Im zweyten

kann die erste Disposition ohne die letzte bestehen, und diese ist also in jeder Betrachtung ungültig.

Diesem Schlusse sucht nun Revident auf folgende Art auszuweichen. Er nimmt an, das Gesetz, daß älterliche Dispositionen nur zum Vortheil der Kinder gelten sollen, habe nur Einfluß auf die älterliche Verlassenschaft, nicht aber auf die davon verschiedene des Kindes, und zwar um so weniger, da die Kinder selbst aus einer solchen Verfügung keinen Nachtheil haben könnten.

Zu Unterstützung dieser Behauptung wird zuerst ausgeführt, daß zufolge l. 2. J. de pupillar. Substit. das Haupttestament und die Pupillar-Substitution als ganz verschiedene Testamente zu betrachten wären.

Man kann dies dem Revidenten zugeben, ohne daß er dadurch einen wesentlichen Vortheil erkämpft hätte. Denn eben deswegen, weil hier zwey verschiedene Testamente vorausgesetzt werden, konnte das eine für richtig angenommen und vollzogen, das andere aber angefochten werden, und aus eben diesem Grunde läßt sich nicht alles, was von dem ersten stattfindet, auf das zweyte anwenden. Allein die Gesetzstelle selbst erfordert auch noch eine nähere Erwägung. Sie lautet nemlich so:

> Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata, duo quodammodo sunt testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

Das Wort quodammodo giebt deutlich zu erkennen, daß der Satz:

> es sind zwey verschiedene Testamente vorhanden,

nur

nur gewissermaßen wahr sey; der Zusammenhang aber zeigt deutlich, daß man besonders die beiden Erbschaften unterscheiden müsse. Dies ist auch in der Natur des ganzen Geschäffts gegründet.

Denn es fällt in die Augen, daß die Verordnung des Erblassers in Ansehung der einen Disposition ihren Ausgang haben könne, in Ansehung der andern aber nicht. Denn es läßt sich wol denken, daß der Sohn wirklich Erbe wird, und das väterliche Testament zur Vollziehung gelangt; da hingegen der Sohn erst nach erlangter Mündigkeit verstirbt, und also die Pupillar-Substitution ohne Wirkung bleibt. Eben dieses findet auch bey der Quasi-Pupillar-Substitution Anwendung.

Wir können hieraus mit Sicherheit den Satz abstrahiren:

daß das väterliche Testament rechtliche Wirkung haben, diese rechtliche Wirkung aber der Pupillar-Substitution mangeln kann.

Dieser Folgerung sucht nun Revident dadurch auszuweichen, daß er den Satz aufstellt:

das väterliche Testament sey das Principale, die Pupillar-Substitution das Accessorium, welches zugleich mit der ersten Disposition stehe und falle.

Allein der Satz:

die Pupillar-Substitution fällt mit dem Haupttestamente hinweg,

ist nicht einerley mit dem Satze:

wenn das väterliche Testament besteht, so muß auch die Pupillar-Substitution gelten.

Bey jedem Accessorio sind

1) die Eigenschaften des Accessorii, und
2) diejenigen Eigenschaften, welche von der Hauptsache abhängen, zu unterscheiden.

Es kann nemlich das Accessorium schon an sich so beschaffen seyn, daß es keine Gültigkeit erlangen kann; es kann aber auch deswegen ungültig werden, weil es die Hauptsache ist.

Nur von dem letzten Falle redet §. 5. J. de pupillari substitutione, wo es heißt:

> nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo, ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem manebit.

Aber nirgends sagen die Gesetze:

> ubi patris testamentum valet, filii etiam manebit.

Es fällt auch in die Augen, daß die Existenz des väterlichen Testaments nicht die einzige Bedingung ist, unter welcher die Pupillar-Substitution ihre Wirkung äußern kann.

Es wird dazu auch erfordert, daß der Fall der Pupillar-Substitution eintreffe, welches nur zum Beyspiel dienen mag, daß außer den Bedingungen, welche in der Existenz des väterlichen Testaments liegen, auch noch andere Bedingungen vorhanden sind, von welchen die rechtliche Wirkung der Pupillar-Substitution abhängt. Eben so wenig redet L. 16. §. 1. D. de vulgari et pupillari substitutione den Revidenten das Wort.

Denn obgleich auch in dieser Stelle das Schicksal der Pupillar-Substitution von der Gültigkeit des väterlichen Testaments abhängig gemacht wird, so wird doch auch in diesem Falle nicht die Gültigkeit des Testaments über die Verlassenschaft des Vaters auf die mangelhafte Pupillar-Substitution übergetragen, sondern vielmehr umgekehrt die Pupillar-Substitution aufgehoben, weil das väterliche Testament entkräftet worden.

Viel-

Vielmehr erhellet aus der eben angeführten Gesetzstelle, daß die Pupillar-Substitution mit den gehörigen Solennitäten errichtet werden mußte. Denn es heißt ausdrücklich:

> Si suo testamento perfecto, alia rursus hora pater filio testamentum fecerit, adhibitis legitimis testibus etc.

Denn die Worte: adhibitis legitimis testibus, geben zu erkennen, daß die Pupillar-Substitution mit der Eigenschaft eines solennen Testaments versehen seyn müsse.

Nun könnte es zwar scheinen, als ob die Sache sich anders verhalte, wenn der Vater in demselben Testament, in welchem er über seinen Nachlaß verordnet, auch die Pupillar-Substitution errichtet. Allein wenn man auch beide Testamente als ein einziges betrachten wollte, so würde doch der Satz eintreten, daß die privilegirte väterliche Disposition nur zum Vortheil der Kinder, aber nicht eines Extranei, gelte.

Denn Lege 21. §. 1. C. de testamentis heißt es ausdrücklich:

> Ex imperfecto autem testamento a parentibus utriusque sexus voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus.

Sobald also die Wirkung einer solchen Verordnung nicht unter den Kindern bleibt, sondern sich zum Vortheil anderer Personen äußern soll, geht sie gänzlich verlohren.

Auch die darauf folgende Stelle ist den Revidenten keinesweges günstig. Denn die Worte:

> Cautum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nulla haberi,

sagen ganz deutlich, daß keine persona extranea daraus einen Vortheil erhalten solle.

Vergebens beruft sich Revident auf die hinzugefügten Worte:

sed liberis adcrescere,

um daraus herzuleiten, daß diese Disposition nur in dem Falle stattfinde, wenn die Kinder aus Ungültigkeit einer solchen Disposition Vortheil ziehen können. Denn der Hauptsatz des Gesetzes bleibet:

voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi;

und das Gesetz sagt nirgends, daß diese Nullität hinwegfallen solle, wenn die Kinder daraus keinen Vortheil ziehen konnten. Der Satz:

die Disposition gilt nur zum Vortheil der Kinder,

ist ein ganz anderer Satz, als der:

die Disposition gilt, wenn die Kinder keinen Nachtheil davon haben.

Nur der erste, nicht der letzte Satz, ist richtig; denn sonst müßte jede solche Disposition gültig seyn, welche ein Erblasser, welcher keine Kinder hat, und also diesen keinen Nachtheil durch seine Disposition verursachen kann, zum Vortheil eines Extranei gemacht hat.

Wenn Revident einwendet, die Worte:

a parentibus utriusque sexus,

könnten sich nicht auf die Pupillar-Substitution beziehen; so steht ihm der bekannte Satz entgegen, daß unter dem Allgemeinen auch das Besondere begriffen sey, und daß der Gesetzgeber zwar hier nicht von dem Falle der Pupillar-Substitution insbesondere,

dere, aber doch von einem ſolchen Falle rede, unter welchen auch die Pupillar-Subſtitution ſubſumirt werden kann.

So wenig die erſte Beſchwerde gegründet iſt, ſo wenig iſt es auch die zweyte. Denn die in den Statuten beſtimmte einjährige Verjährungsfriſt kann nur in dem Falle eintreten, wo die übrigen Eigenſchaften der Verjährung ſich denken laſſen, und es kann nicht angenommen werden, daß der Satz: non valenti agere nulla currit praeſcriptio, dadurch aufgehoben werden ſolle. Das Rechtsmittel iſt daher ohne allen Grund ergriffen worden:

Weshalb ſowohl in der Hauptſache, als der Koſten wegen, ſo wie im Urtheile geſchehen iſt, erkannt werden müſſen.

IX.

Merkwürdige Folgen einer Behandlung der Gläubiger.

Nach Wertheim an den Rentmeister Hörner.

Als der Herr uns die in Sachen des Kaufmanns Stephan Siebenkees zu Nürnberg, Klägers, jetzt Liquidanten, an einem, wider die Handelsmann Baumannische Relicten zu Wertheim, Beklagte, jetzt Liquidaten, am andern Theile, puncto debiti, nunc executionis, verhandelten Acten zugesendet ꝛc.

Daß zuvörderst sämtlichen Gläubigern, welche sich mit dem Gemeinschuldner ihrer Forderungen wegen mit Vorbehalt derselben auf den Fall seiner bessern Vermögensumstände verglichen, die gegenwärtige Lage der Sache bekannt zu machen, und dieselben zur Erklärung, in wie fern sie annoch einen Anspruch an den Nachlaß des Gemeinschuldners zu machen, und den Liquidanten die geforderte Bezahlung streitig zu machen gedenken, unter Ansetzung eines Termins sub poena praeclusionis et perpetui silentii aufzufordern; worauf sodann ferner ergehet, was Recht ist. Doch stehet den Liquidaten frey, die Erklärung derselben zu Ersparung der Kosten binnen 6 Wochen zu den Acten zu verschaffen. Sollten aber diese Gläubiger ihren Forderungen entsagen, oder damit präcludiret werden, so wären Liquidaten schuldig, den Schuldenrest der 186 fl. 8 Xr. an Liquidanten, jedoch ohne Zinsen, zu bezahlen. Die Kosten dieses Rechtsganges werden billig gegen einander verglichen und aufgehoben. Von Rechts wegen.

Ent-

Entscheidungsgründe.

Denn als der Handelsmann Johann Baumann zu Wertheim im Jahre 1786. seinen Gläubigern die Unfähigkeit, sie vollständig zu befriedigen, anzeigte, und sie zu behandeln suchte, entwarf er nachstehenden unter Nr. 2. der Beylagen in Abschrift befindlichen Vergleich:

Zu wissen, daß zwischen der Concursmasse des Johann Baumanns in Wertheim und in deren Namen dem Herrn Regierungsrath und Stadtamtmann Städel einer Seits, dann den unterzeichneten Herren Creditores anderer Seits, nachstehendes Accommodement verbindlich ist abgeschlossen worden.

1) Nach Vorliegenheit der Umstände zahlt gedachte Masse an die unterzeichneten Herren Creditores zu gänzlicher Abfindung Ein Drittel einer jeden respectiven Forderung, oder $33\frac{1}{3}$ p. C.

2) Diese Zahlung wird auf nächste Herbstmesse 1786. zugesichert, und durch eine besondere Urkunde von Gerichtswegen garantirt, wogegen

3) die Herren Creditores den Johannes Baumann zwar vorjetzo aller Ansprüche entlassen; jedoch verspricht

4) gedachter Herr Baumann, wenn er in bessere Glücks-Umstände kommen sollte, den Ueberrest von $66\frac{2}{3}$ pr. Ct. den Herren Creditores annoch nachzuzahlen.

Dieser Vergleich wurde von den Gläubigern angenommen. Damals betrug sein Activ-Vermögen ohngefähr 18000 fl., die Schuldenlast aber war 40000 fl. Was dem Gemeinschuldner nach accordmäßiger

Befriedigung seiner Gläubiger übrigblieb, betrug an Mobilien und an größtentheils unverkäuflichen Waaren 4456 fl. 24 Xr. Er trieb seinen Handel fort, und starb am 1ten Januar 1792. Was er nachließ, betrug nach Abzug der daraus zu bezahlenden neuen Schuld höchstens eine Summe von 2500 fl. An die alten Gläubiger, welche sich ihre Rechte auf den Fall, daß der Schuldner zu bessern Vermögensumständen gelangte, vorbehalten hatten, erging nachstehende Bitte der Baumannischen Wittwe und Erben:

Da es schon bekannt ist, und zum Ueberfluß mit jedem Posttag vor Gericht dargethan werden kann, daß die Baumännische Verlassenschaft so gering ist, daß nach bezahlten privilegirten und neuen Schulden kaum die Hälfte von demjenigen, welche die Herren Creditoren schon im Jahr 1786. dem verstorbenen Herrn Baumann und dessen Erben geschenkt haben, mehr übrig ist, so ist der Fall des im Accord 1786 geschehenen Vorbehalts (i. e. eines bessern Glücks) keinesweges eingetroffen, und solcher vorhanden; nicht zu gedenken, daß die Baumännische Wittwe und Erben ohnehin noch viele Ansprüche darauf zu machen haben. Bey so bewandten Umständen ist also vor der Hand nothwendig, die Herren Creditoren um eine bestimmtere und vollkommene Erklärung und Renunciation zu bitten, damit die Sache ganz einmal beendiget werden kann, und dabey auch erfahren wird, ob jemand Lust hat, gutes Geld an böses zu setzen, und durch vieljährige verschiedene Processe und große Kosten Ihre vermeintlichen Ansprüche im Wege Rechtens an- und ausführen will.

Wir

Wir bitten uns hierüber Ihre Erklärung gehorsamst aus. Frankfurt, am 25sten Jul. 1792.

Baumannische Relicten,
C. l. Platz et Consort.

Hierauf erfolgte nachstehende Erklärung:

Da ich im Jahre 1786. dem nunmehro verstorbenen Herrn Baumann und seinen Erben den Rest meiner damals an Ihnen gehabten Forderung geschenkt, so thue ich hierdurch nochmals zum Besten der Masse ausdrücklich darauf renunciiren. Frankfurt, den 25 Jul. 1792.

Alexander Barrt.

welcher die übrigen Gläubiger beytraten. Einige bedienten sich jedoch folgender Ausdrücke:

Wir haben die Baumännische Rechnung aus unsern Büchern längst ausgeglichen, und machen keine weitere Ansprüche.

Dem ersten Vergleiche war auch der jetzige Kläger, der Kaufmann Stephan Siebenkees zu Nürnberg, beygetreten; aber dem letzten widersprach er, und es entstand ein Streit über die Frage:

1) ob der Siebenkees mit den neuen Gläubigern zugleich aus dem Nachlasse zu befriedigen sey?
2) ob die Baumännischen Relicten nicht einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern hätten?

Beide Fragen wurden durch die übereinstimmenden rechtlichen Gutachten der Erlangischen und Helmstädtischen Juristen-Facultäten zum Nachtheil der Baumannischen Erben entschieden, indem bey der ersten Frage vorausgesetzt wurde, daß der Zweck des mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Nachlaß-

ver-

vertrages nur gewesen sey, ihn in den Stand zu setzen, daß er durch Fortsetzung der Handlung in bessere Umstände gelangen könne, aber nicht seine Erben zu bereichern. Eben deswegen wurde auch zweytens angenommen, daß die den Baumannischen Relicten bestimmten erbschaftlichen Vortheile eher nicht eintreten könnten, als bis sämtliche Gläubiger bezahlt worden. Kaum aber waren diese Streitfragen entschieden, so traten neue Streitigkeiten an deren Stelle.

Es behaupteten nemlich die Baumannischen Relicten, der Kläger Siebenkees könne nur gleiche Rechte mit den übrigen Gläubigern genießen, indem auch die alten, welche sich behandeln lassen, nur zum Vortheil der Baumannischen Relicten ihren Forderungen entsagt hätten. Außerdem wurde auch dem Kläger noch die Befugniß zu den angesetzten Zinsen bestritten.

Betreffend die erste Frage:

ob die Gläubiger, welche auf die gegenwärtige Masse entsagt haben, mit dem Kläger zugleich zur Theilung des Nachlasses gelangen, und die Erben des Schuldners, zu deren Vortheil die Entsagung geschehen, an deren Stelle treten könnten?

ist es allerdings richtig, daß die Entsagung, wenn sie auch zum Vortheil bestimmter Subjecte geschiehet, dennoch nicht als eine von diesen vollzogene Cession betrachtet werden könne, weil im letzten Falle das Recht als noch bestehend angesehen, und einer andern Person übertragen wird, im ersten aber das Recht des Entsagenden verlohrengeht.

Wenn gleich diese Entsagung nur zum Besten eines bestimmten Subjects geschieht, so wird doch diesem nicht das Recht des Entsagenden übertragen,

son-

sondern es würde aus einem solchen Vorbehalte höchstens nur soviel gefolgert werden können, daß, wenn der, zu dessen Vortheil die Entsagung geschehen ist, den Vortheil nicht erhielte, das durch die Entsagung getilgte Recht wieder auflebe.

Wendet man dieses auf den gegenwärtigen Fall an: so kann man zwar mit gutem Grunde annehmen, daß eine von Seiten der alten Gläubiger zum Besten der Baumannischen Relicten geschehene Entsagung auf den Baumannischen Nachlaß vorhanden sey; allein eine wirkliche Cession läßt sich nicht behaupten. Alles, was die letzten zu ihrem Vortheil verlangten, war, daß die Gläubiger ihren aus dem Vorbehalte im Fall der verbesserten Vermögensumstände des Gemeinschuldners ihnen etwa zustehenden Rechten entsagen möchten. Ja was noch mehr ist, hätten die Gläubiger die Vorschläge der Baumannischen Erben schlechthin ohne weitern Beysatz bewilligt: so würde nicht einmal eine bloß zu deren Vortheil geschehene Entsagung angenommen werden können.

Denn die Erben suchten diesen Gläubigern vielmehr vorzustellen, daß sie einestheils kein Recht hätten, und anderntheils nur gutes Geld an böses setzen würden, wenn sie von ihren Ansprüchen Gebrauch machen wollten.

Es wird ihnen also gar nicht zugemuthet, den Erben etwas zu schenken, sondern der eigene Vortheil der Gläubiger soll sie bewegen, keine vergebliche Kosten zu machen.

Viel vortheilhafter für die Baumannischen Erben ist die Erklärung der Gläubiger selbst, wie die Worte:

> Da ich im Jahre 1786. dem nunmehr verstorbenen Herrn Baumann und seinen Erben den

den Rest meiner damals an sie gehabten Forderung geschenkt, so thue ich hierdurch nochmals zum Besten der Masse ausdrücklich darauf renunciiren,

zu erkennen geben. Da dieser Erklärung die übrigen beygetreten sind, so gewinnt es das Ansehen, als könnte man sogar eine Abtretung dieser Forderung annehmen, weil die Gläubiger sich des Wortes: geschenkt, bedienen.

Allein offenbar beziehen sich die Gläubiger hier auf den vorher geschlossenen Vergleich, welcher auf keine Weise als eine Cession betrachtet werden konnte, weil es sich nicht denken läßt, daß die Gläubiger ihre Forderungen gegen den Gemeinschuldner ihm selbst abgetreten hätten.

Das Wort, geschenkt, soll also nur eine Handlung der Freygebigkeit bezeichnen, und die Gläubiger wollten also damit nur soviel sagen: sie hätten auf keine Bezahlung weiter gerechnet, und sie wollten den Erben nun die ganze Forderung erlassen.

Es könnte sogar scheinen, als wenn die Worte:

zum Besten der Masse,

sich auf die Concursmasse, d. i. auf das Corpus der Gläubiger, bezögen. Allein dieser Erklärung widersprechen die Anfangsworte, wo der Schenkung an die Erben gedacht wird. Auch ist es gar nicht zu vermuthen, daß die Gläubiger die Absicht gehabt hätten, ihre Mitgläubiger zu bereichern, und es gewinnt daher das Ansehen, als ob man nicht auf die Worte des Vergleichs, sondern nur auf die Absicht sehen müsse, den Baumannischen Erben zu helfen, welche nicht erreicht wird, wenn die hartnäckigen Mitgläubiger allen Vortheil daraus ziehen.

Allein wenn über die Art des Geschäffts selbst kein Zweifel seyn kann, so kann man bey dessen

Classi-

Classificirung nicht weiter darauf Rücksicht nehmen, ob die Contrahenten ein schickliches Mittel zu ihrem Zwecke gewählet haben, oder nicht.

Dessen allen ungeachtet kommt den Baumannischen Erben zu statten, daß die entsagenden Gläubiger nicht mit dem jetzigen Kläger, sondern mit den Baumannischen Erben einen Vertrag errichtet, und daß offenbar die Absicht gewesen war, nur diesen ein Recht dadurch einzuräumen. Sie können daher ihr Recht immer noch geltend machen, oder den Baumannischen Relicten cediren; wenigstens kann ihnen dieses Recht, so lange sie nicht damit gehöret worden, nicht abgesprochen werden. Daher ist es nothwendig, daß ihnen die gegenwärtige Lage der Sache bekannt gemacht, und sie aufgefordert werden, sich näher zu erklären: ob und in wie fern sie dem Antrage des Klägers widersprechen, und ihr Recht entweder selbst übernehmen, oder den Baumannischen Relicten überlassen wollen.

Was zweytens die von dem Kläger geforderten Zinsen betrifft: so hat derselbe damit abgewiesen werden müssen, weil es an einem rechtlichen Grunde zu deren Entrichtung mangelt. Noch jetzt erhellet nicht, wie viel Kläger zu erhalten habe, und außer dem Verzuge kann im gegenwärtigen Falle kein Grund zu Zinsen angenommen werden.

Da übrigens keinem Theile eine frevelhafte Streitsucht zur Last gelegt werden kann: so hat sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, wie im Urtheile geschehen ist, erkannt werden müssen.

X.

Aus dem Pachtvertrage allein findet in Ansehung der dadurch übernommenen Verbindlichkeit keine Executivklage Statt.

Nach Altenburg an die Regierung.

Ein Rittergutsbesitzer stellte aus einem Jahre lang fortgesetzten Pachtvertrage gegen die Erben seines Pachters eine Executivklage an, und gründete sie allein auf den Pachtcontract, ohne auf andere Weise nachzuweisen, daß der Fall wirklich eingetreten sey, welcher seine Klage nach dem Pachtcontract begründen würde. Man wies ihn in Uebereinstimmung mit der Göttingischen Juristen-Facultät mit seiner Klage angebrachtermaßen ~~nicht~~ ab. Die Gründe waren hauptsächlich folgende:

So wenig aus einem bloßen Gesetz executivisch geklagt werden kann:

Hallische Rechtssprüche, Th. 1. n. 8. S. 68—70.

so wenig kann dieses aus einem Pachtvertrage geschehen, welcher die künftig zu erfüllenden Verbindlichkeiten enthält, ohne diejenigen zu bestimmen, welche wirklich schon vorhanden sind.

Denn der Pachtvertrag ist das Gesetz, welches die Verbindlichkeit zwischen dem Verpächter und dem Pächter festsetzt, und also, wie jeder Vertrag, als ein unter Privatpersonen errichtetes Gesetz zu betrachten. In wie fern nun von einem oder dem andern Theile die wechselseitig bestimmten Verbind-

bindlichkeiten erfüllt oder nicht erfüllt worden, läßt sich daraus auf keine Weise abnehmen.

Nun scheint es zwar, als ob der Verpächter durch Vorzeigung des Pachtvertrages seine Klage hinlänglich begründe, und es des Pächters Sache sey, seine Einwendungen gehörig nachzuweisen.

Allein dagegen läßt sich mit Grunde Rechtens folgendes einwenden: Erstlich ist es nicht richtig, daß der bloße Pachtvertrag die Klage selbst schon hinlänglich begründe, und es gehört dazu noch der Nachweis, daß der Pächter wirklich die bestimmte Zeit hindurch in der Pacht gesessen habe, welches im gegenwärtigen Falle aus den beygebrachten Urkunden nicht mit Sicherheit erhellet. Zweytens kann auch dem Beklagten der Erweis seiner Einwendungen, in so fern er ihn zu übernehmen schuldig ist, durch eine solche Wendung der Sache keinesweges benommen werden.

Es ist zwar allerdings richtig, daß der Beklagte gegen den klaren Erweis der eingeklagten Forderung nicht mit illiquiden Gegenforderungen und Einwendungen gehört werden dürfe. Allein alsdann wird eine schon auf alle Weise bestimmte Verbindlichkeit vorausgesetzt.

Sollen Urkunden den executivischen Proceß zur Folge haben, so müssen sie eine schon existirende Schuld bestimmen, und nicht eine künftige begründen, wie solches durch den Pachtcontract geschieht. Wenn auch schon selbst bey Schuldscheinen eine Minderung der Schuld durch Zahlung gedenkbar ist, und also bey Klagen aus Schuldscheinen auf die Möglichkeit, daß solche getilgt waren, nicht Rücksicht genommen werden kann: so ist doch alsdenn nicht von solchen Einwendungen die Rede, welche auf die Existenz und Quantität der ursprünglichen

Schuld Einfluß haben, sondern von dem Einwande der Zahlung, welcher durch Quitungen gesichert, und in jedem Theile des Processes annoch angebracht werden kann. Von solchen Urkunden, welche eine schon der Quantität nach bestimmte Schuld besagen, redet auch nur der N. R. Abschied §. 174. Nur in Ansehung solcher durchgehends bestimmten Geldforderungen läßt sich mit Billigkeit ein Executivproceß denken, und nur in solchen Fällen billigten ihn die Alten.

L. 6. C. Theod. de denunc.
Hugo's Civilistisches Magazin, B. II. Heft 4. p. 486. 487.

Daß dieses hier der Fall nicht sey, ist sattsam von dem Beklagten und Leuteranten ausgeführet, und es ist dabey genugsam gezeigt worden, daß wegen eines in einer so langen Reihe von Jahren fortdauernden Pachtverhältnisses keine Executivklage stattfinden könne, und daß dieses Verhältniß selbst in mehrerer Rücksicht noch ungewiß sey.

Offenbar hat der Executivproceß die Absicht, den Credit durch schleunige Justizpflege zu erhalten,

Claproths Einleitung in sämtliche summarische Processe.
Ludovici Einleitung zum Civilprocesse, Cap. 3. §. 2.

daher behauptet selbst Danz

in den Grundsätzen des summarischen Processes p. 57.

ob er gleich die Zulässigkeit dieser Proceß-Art ziemlich weit ausdehnt, daß er nicht stattfinde, wenn nur ein einziger wesentlicher Umstand, der zur Entscheidung der Sache etwas beyträgt, aus den beygebrachten Urkunden nicht erhellet.

Mit Recht hat daher die Göttingische Juristen-Facultät den Herrn Kläger mit der Klage angebrachtermaßen abgewiesen und in die Kosten verurtheilet.

XI.

XI.

Wenn die Contrahenten die Errichtung eines schriftlichen Contracts verabredet haben, so ist im zweifelhaften Falle anzunehmen, daß der Vertrag erst durch die Vollziehung des schriftlichen Aufsatzes seine Vollendung erhalten solle.

Nach Güstrow an Bürgermeister und Rath.

Als die Herren uns Klage, zum Protocoll gegebene Einlassung und das darauf zu den Acten gekommene schriftliche Verfahren, in Sachen des Pensionarii H** zu D**, Klägers an einem, wider den Pensionarium B** auf der Clevinschen Burg, Beklagten am andern Theile, in einem anbey zurückkommenden Fasciculo Actorum von No. 1. bis 16., jedoch mit Ausschluß der einen Incident-Punct betreffenden Nummern 6. 9. und 13. zugesendet ꝛc.

Daß Kläger dem Beklagten den geforderten Kosten-Vorstand auf Höhe von funfzig Thaler binnen 14 Tagen zu bestellen gehalten. Was aber die Sache selbst betrifft, so hat die Klage nicht statt, und ist Kläger damit gänzlich ab- und zur Ruhe zu verweisen, auch die dadurch verursachten Kosten dem Beklagten zu erstatten schuldig. Von Rechts wegen.

Entscheidungsgründe.

Denn in Ansehung des Cautionspunctes hat Kläger seine Verbindlichkeit zu Leistung des Vorstandes dadurch anerkannt, daß er in seiner Replik die Bestimmung derselben dem Gerichte überlassen hat.

Was die Sache selbst betrifft, so ist der Klage ein noch nicht unterschriebenes Exemplar desjenigen Vertrages beygefügt worden, zu dessen Erfüllung der Beklagte angehalten werden soll, und es erhellet genugsam aus den Acten, daß beide Theile darin einig gewesen, daß über die vorläufig genommene Abrede ein schriftlicher Vertrag aufgenommen werden solle. Nun ist aber §. 1. J. de emtione et venditione klar verordnet:

> in iis autem, quae scriptura perficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emtionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta, et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint a partibus absoluta,

und es wird ausdrücklich hinzugefügt:

> donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione.

Auch in Lege 17. C. de fide instrumentorum heißt es, wie folget:

> transactiones etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptioneque partium confirmata etc.

Nun

Nun haben zwar verſchiedene Rechtslehrer, wie z. B.

Stryck in caut. Contr. S. II. c. 8. §. 1. ſq.

et in vindiciis communis opinionis de expreſſo pacto ad venditionem in ſcriptis celebrandam neceſſariis,

angenommen, daß man zwiſchen den Verträgen, die erſt durch die ſchriftliche Vollziehung ihre Vollendung erhalten ſollen, und denen, welche blos des Beweiſes wegen zu Papier gebracht werden, einen Unterſchied machen müſſe.

Allein ſo richtig auch dieſer Unterſchied an ſich iſt; ſo iſt es doch nicht weniger gewiß, daß, wenn die Parteyen gleich anfangs bey der zuerſt getroffenen Abrede den Entſchluß faſſen, den Contract zu Papier zu bringen, daraus allerdings die Vermuthung entſteht, daß ſie nicht eher, als nach niedergeſchriebenem und unterſchriebenem Vertrage verpflichtet ſeyn wollen. Zwar getrauen wir uns nicht zu behaupten, daß allemal, wenn die Parteyen einen ſolchen Entſchluß faſſen, ein pactum, quod in inſtrumento recipi convenit, vorhanden ſey, wenigſtens müſſen ſelbſt diejenigen, welche dieſer Meinung günſtig ſind, eingeſtehen, daß der Gerichtsbrauch gegen ſie ſtreite.

Leyſer ad ff. Spec. 272. med. 1. 2.

Aber eben ſo wenig können wir es von uns erhalten, denen beyzutreten, welche dazu einen ausdrücklichen Vertrag erfordern, daß die Parteyen nicht eher, als nach ſchriftlich vollzogenem Contracte, verpflichtet ſeyn wollen. Denn durch eine ſolche Auslegung wird offenbar den Worten Juſtinians Gewalt angethan, welche zwar eine Abrede der Parteyen, daß der Contract ſchriftlich vollzogen werden ſolle, aber

nicht einen ausdrücklichen Vertrag voraussetzen, daß er nicht eher gelten solle. Denn dieses kann man nicht annehmen, ohne den Worten: quae scriptura perficiuntur, und den Ausdrücken: quas in instrumento recipi convenit, eine Deutung zu geben, welche weder in den Worten selbst liegt, noch aus dem Zusammenhange erhellet. Ein näheres Nachdenken über die Natur der Sache selbst giebt zu erkennen, wie die angeführten Gesetzstellen auszulegen, und mit dem Geiste der deutschen Gesetze und Gewohnheiten zu vereinigen sind.

Es fällt in die Augen, daß die bloße Vereinigung der Contrahenten über die Hauptpuncte dem Abschlusse des Vertrages selbst nicht gleichgeachtet werden könne. Denn so lange noch nicht alle Nebenpuncte einzeln und im Zusammenhange mit den übrigen erwogen worden, so lange ist auch noch keine vollkommene Uebersicht des Ganzen der zu übernehmenden Verbindlichkeiten und der zu erwerbenden Rechte vorhanden.

Die Erfahrung zeigt, daß die wichtigsten Geschäffte nicht selten bey Gelegenheit der kleinsten Nebenpuncte rückgängig werden. Wer hartnäckig ist, giebt in keinem Stücke nach; wer bey jedem Puncte nachgiebig ist, wird endlich dieser Nachgiebigkeit bey dem letzten, so geringfügig er immer seyn mag, überdrüssig. Die Zurückerinnerung an die bisherigen Aufopferungen führt sodann die Reue herbey, welche nur auf die nächste Veranlassung wartete, um alles wieder in den vorigen Zustand zu versetzen. Hierzu kommt, daß die vorherige mündliche Abrede entweder ohne Zuziehung der Sachverständigen genommen ward, oder die Sachverständigen, welche man dabey zu Rathe zog, erst dann die Schwierigkeiten bey Ausübung der Rechte

und

und die nachtheiligen Folgen der zu übernehmenden Verbindlichkeiten in ihrem ganzen Umfange kennen lernten, wenn sie bey Abfassung des schriftlichen Vertrages sich mit den Cautelen und Clauseln desselben beschäfftigen. Es werden daher nur wenig Fälle übrig bleiben, in welchen die mündliche Abrede über einen schriftlich zu errichtenden Vertrag etwas mehr als einen blos vorbereitenden Vertrag enthielte.

Justinian selbst hat diese Fälle nicht übersehen, vielmehr derselben ausdrücklich gedacht, wo unverkennbare Merkmale eines festen Entschlusses vorhanden sind, obgleich die Schrift, welche darüber aufgesetzt werden soll, noch nicht vollendet ist. Dies ist der von ihm selbst erwähnte Fall, wenn zum Zeichen der vollendeten Bestimmung eine arrha gegeben wird.

Wenn auch der schriftliche Aufsatz noch hinzukommen sollte, so war er doch alsdenn nur zu Bewirkung des künftigen Beweises bestimmt. Wenn daher die Errichtung eines schriftlichen Aufsatzes verabredet worden, so hat man Grund, vorauszusetzen, daß erst durch diesen Aufsatz und dessen Vollziehung das Geschäfft selbst seine Vollendung erhalten solle; es wäre denn, daß schon vorher durch unzweydeutige Aeußerungen von beiden Seiten wäre zu erkennen gegeben worden, daß man sämmtliche Abreden schon genommen habe, und sich schon für verpflichtet halte, obgleich der schriftliche Aufsatz noch errichtet werden soll. Man muß daher der Meinung der meisten Rechtslehrer zwar in sofern beytreten, als sie verlangen, daß man allein aus dem Vorsatze, den Contract schriftlich abzufassen, nicht auf den Mangel eines vorhergegangenen festen

Abschlusses des Vertrages schließen könne; aber man muß, so lange der schriftliche Vertrag noch nicht vollzogen ist, besondere Gründe haben, einen endlichen Abschluß des Vertrages anzunehmen, weil aus dem Vorbehalt eines zu errichtenden schriftlichen Vertrages die durch die Gesetze selbst unterstützte Vermuthung erwächst, daß auch die Verbindlichkeit aus dem Vertrage selbst bis dahin Anstand haben solle. Dies ist auch der deutschen Redlichkeit, welche Wort und Handschlag der rechtlichen Feyerlichkeit gleichsetzt, um so weniger zuwider, da auch unsere Vorfahren selbst sich des Handschlags und ähnlicher äußerlicher Zeichen bedienten, um den Abschluß des Geschäffts anzudeuten, und da diejenigen, welche einen schriftlichen Aufsatz verlangen, eben dadurch zu erkennen geben, daß sie sich auf die mündliche Zusage nicht verlassen wollen; vielmehr würde die deutsche Redlichkeit gar sehr dabey leiden, wenn man den Mitcontrahenten zur Einigung über gewisse Puncte vermöchte, die andern aber, welche diesem vortheilhaft waren, aussetzte, und sodann unter dem Vorwande, daß die Vereinigung über die wesentlichen Puncte schon vorhanden wäre, auf Erfüllung des Vertrages dringen könnte, und diejenigen, welche der andere sich noch ausbedingen wollte, als solche, die sich nicht aus der Natur des Geschäffts ergäben, verwerfen dürfte.

Es fällt daher in die Augen, daß die Gelegenheit zu Chicanen nicht vermindert, sondern vermehrt würde, wenn man in Fällen, wo der Vertrag sogleich schriftlich abgefaßt werden sollte, vor dessen Unterzeichnung ein Recht zu klagen gestattete. Nur alsdenn muß eine Ausnahme stattfinden, wenn

der

der Abschluß des Vertrages in allen seinen Puncten und Clauseln klar ist, und die Schrift blos zum Beweise dienen sollte.

Im gegenwärtigen Falle kann dies um so weniger angenommen werden, da bey der ersten zu D** getroffenen Abrede der Pachtcontract selbst, von dessen Uebertragung auf den Beklagten die Rede ist, nicht beyhändig war, und dazumal des Umstandes nicht gedacht worden, daß dieser Pachtcontract eigentlich nur auf 14 Jahre errichtet worden, ob er gleich noch auf andere 14 Jahre verlängert werden konnte.

Hierzu kommt das Geständniß, daß wegen der Kosten keine feste Abrede genommen worden, sondern hier die richterliche Willkühr entscheiden müsse. Auch die Art, wie Kläger sich darüber äußert, wie er wol aus Ungeduld über die gegenseitigen Prätensionen gesagt haben könne, daß er keinen Schlag am Bau weiter thun wollen, giebt hinlänglich zu erkennen, wie wenig Festigkeit die Abrede gehabt haben müsse, weil eine solche Festigkeit mit dergleichen Ungeduld erregenden Forderungen sich nicht vereinigen läßt. Aehnliche Aeußerungen sind in der Replik anzutreffen.

Eben so auffallend ist es, wenn Kläger behauptet, daß schon in D** der Vertrag abgeschlossen worden, und doch in der Replik von Puncten redet, welche in P** sollen verabredet worden seyn.

Endlich muß Kläger selbst eingestehen, daß der schriftliche Aufsatz Reservationen enthalte, welche vorhin nicht verabredet worden.

Ist nun also die Klage schon in dieser Rücksicht ungegründet, so ergiebt sich auch die Unrechtmäßigkeit des angebrachten Arrestgesuchs von selbst, zumal da, wenn auch die Klage selbst Rücksicht verdiente, dennoch kein Grund zu Anlegung des Arrestes vorhanden seyn würde, weil ohne erhebliche Gründe kein Arrest verstattet werden darf, und keine Spuren der Unsicherheit des Beklagten in den Acten vorkommen.

Bey so bewandten Umständen mußte die Klage sowohl, als das Arrestgesuch, als unstatthaft verworfen, und Kläger in die Kosten des dadurch veranlaßten Rechtsstreits verurtheilet werden.

Dies sind die Gründe, aus welchen wir so, wie im Urtheile geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XII.

Das Interdictum uti possidetis kann auch von dem Domino realis Servitutis gegen den störenden Dominum praedii servientis gebraucht werden; selbst dann, wenn diese Störungen wahre Attentate seyn sollten.

Nach Osnabrück.

Als die Herren uns erhobene Imploration, dagegen vorgeschützte Ausflüchte und ferneres rechtliches Einbringen, in Sachen der Eingesessenen des Dorfes Badtbergen, Imploranten an einem, wider die Eingesessenen der Bauerschaft Wulften, Imploraten am andern Theile, in dreyen anbey zurückkommenden Actenbänden, samt zweyen ebenfalls zurückkehrenden eröffneten Zeugenroteln, zugesendet ꝛc.

Daß bewandten Umständen nach die erhobene Imploration zur Zeit nicht Statt habe. Die bisher in der Sache aufgegangene Kosten aber werden billig gegen einander aufgehoben. Von Rechts wegen.

Entscheidungsgründe.

Es behaupten zwar einige Rechtslehrer, daß in causis servitutum praedialium das Interdictum retinendae possessionis uti possidetis wider den störenden dominum fundi servientis nicht gebrauchet werden könne;

Wissenbach ad Pand. lib. 43. tit. 17. no. 5.

aber

aber die gegenseitige Meinung ist nicht nur in den Gesetzen gegründeter,

L. ult. D. uti possid.
L. 8. §. 5. D. si serv. vind.

sondern sie stimmt auch mit der vernünftigen Billigkeit und Rechtsanalogie überein.

Dienstbarkeiten werden in den Gesetzen liegenden Gründen vom wichtigsten Preise gleichgeachtet, und ihrer wegen die durch Appellationssummen eingeschränkten Berufungen an die höchsten Reichsgesetze deswegen für zulässig erkläret.

R. Cam. G. O. P. II. tit. 31. §. 6.

Mit der allgemeinen Gerechtigkeit würde es also nicht vereinbar seyn, wenn der vom Domino serviente in der ruhigen Ausübung seiner servitutis gestörte Dominus dominans sich dieses Rechtsmittels nicht bedienen könnte, da ihm die Gesetze kein anderes Rechtsmittel vergönnen.

Störung der Weide- und Huthdienstbarkeits-Gerechtigkeit ist es denn wol unbezweifelt, wenn der dominus servientis fundi solchen durch Veräußerung einiger Theile desselben vermindert, und es muß vermöge der Natur der Sache für den dominum servitutis pascendi jede willkührliche Verminderung des Flächeninhalts des fundi servientis selbst dann noch eine Störung ausmachen, wenn auch der Ueberrest noch zur Weide des Viehes zureichend seyn sollte. Denn sobald ein Grundstück mit einer Dienstbarkeit beschweret wird, haftet sie auf allen dessen Theilen dergestalt,

L. 8. §. 1. D. de servit.
L. 9. c. 11. §. 1. l. 17. D. eod.

daß der Dominus ſerviens wider den Willen des Domini ſervitutis nicht den kleinſten Theil von der Dienſtbarkeitslaſt eximiren und befreyen kann.

L. 15. §. 7. D. de uſufr.
L. 16. D. eod.

Imploranten würden alſo mit Recht ſich des erwählten Rechtsmittels gegen die Imploraten bedienen können, wenn ihnen die Befugniß, die Wulftermark zu behüthen, zuſtände, und ſie ſich in derſelben ruhigem Beſitz befänden. Sie würden dadurch die Zuſchläge aus der Mark verhindern können, welche wider ihren Willen die Imploraten ausweiſen wollten. Hierbey würde es auf den Grund der den Imploranten zuſtehenden Befugniß, und ob ſie ſolche als Markgenoſſen oder Ausmärker hätten, nichts ankommen, ſonach die von den Imploraten aufgeworfene Frage, ob die Imploranten für Wulftermarkgenoſſen zu achten, ganz irrelevant ſeyn.

F. Osnabr. gem. Marken-Recht, art. Ausmärker, §. 7. S. 4.

Eben ſo wenig können die beygelegten über einen wegen des Beſitzes der von den Imploranten behaupteten Befugniß, die Wulftermark mit ihrem Viehe zu betreiben, entſtandenen und jetzt durch Berufung der Imploraten an das Kaiſerliche und Reichs-Cammergericht gediehenen und daſelbſt annoch rechtshängigen Proceß den jetzigen Acten beygelegten rechtlichen Verhandlungen, der Imploranten Legitimation zur Sache zweifelhaft machen. Nur derjenige kann das Interdictum uti poſſidetis anſtellen, qui tempore litis conteſtatae non vi, clam vel precario poſſidet vel quaſi poſſidet, quamvis parum referat, utrum de cetero juſte, an injuſte poſſideat.

L. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. D. uti poſſid.
L. 17. D. de precar. §. 4. Inſt. de interd.

Dieſer

Dieser zur Begründung des erwählten Rechtsmittels so nothwendige Besitzstand scheinet den Imploranten abzugehen. Denn wenn sie auch in den in der noch in Camera Imperiali rechtshängigen Sache eröffneten Erkenntnissen vom 19 Nov. 1779. und vom 7 May 1781. für Quasipossessores dieser Huthgerechtigkeit erkläret worden sind; so kann doch darauf vor Erledigung der dagegen von den Imploraten eingelegten und bey dem höchsten Reichsgerichte gehörig eingeführten Appellation keine Rücksicht genommen werden, besonders da die Richtigkeit dessen, was Imploranten in dieser Sache behaupten, nemlich daß diese Appellation blos den Streit wegen der Schweine angehe, durch den Acten-Erfolg so wenig, als die vorhergehenden Acten unterstützet wird. Allein die in der rechtshängigen Sache ergangenen Acten ergeben, daß diese Appellationssache die Quasipossessio der Hütungsgerechtigkeit der Imploranten in der Wulftermark zum Gegenstand habe, mithin eine Quasipossessionem litigiosam unter den Imploranten und Imploraten betreffe.

Obschon auf diese Weise der Besitzstand der Imploranten zur Zeit noch nicht rechtskräftig anerkannt ist; so wirket doch die Rechtshängigkeit des darüber entstandenen Rechtsstreites gegen die Imploraten soviel, daß sie während der unentschiedenen Berufung über den Gegenstand des Rechtsstreites keine Dispositionen vornehmen dürfen, wodurch die Rechtsamen der Imploranten als Appellaten leiden dürften, wenn der Appellationsrichter die den Imploranten vortheilhaften Erkenntnisse bestätigen sollte. Wenn solchergestalt der appellatische Theil sich pendente appellatione bey Strafe aller Attentaten enthalten muß:

L. uu. D. nihil innov. app. interp.

so

ſo muß auch der appellantiſche Theil ſich derſelben enthalten, und wenn ſich ſonſt die Sache zu einem Interdicto uti poſſidetis qualificirt, kann auch der appellatiſche Theil das Interdictum uti poſſidetis in Summariiſſimo gebrauchen, um gegen ſeines Gegners Attentaten ein Prohibitorium und reſp. Conſervatorium zu erlangen. Und wenn gleich eine ſolche Attentatklage ob connexitatem bey dem Appellationsrichter angebracht werden kann: ſo erlauben auch die Geſetze, ſolche bey dem vorigen Inſtanzrichter anzubringen, der das Erforderliche pro conſervanda lite durante appellatione verfügen kann, ohne ſich einiger Attentaten ſelbſt theilhaftig zu machen.

c. 17. X. de appell.

Aber ſo zuläſſig die Imploration in theſi in dieſer Hinſicht iſt, ſo wenig iſt ſie dies zur Zeit in hypotheſi auf einer andern Seite, auf der ihr exceptio actionis nondum natae offenbar entgegenſtehet, welche als eine exceptio juris vom Richter Amtswegen zu bemerken iſt.

Zur Anſtellung des Interdicti uti poſſidetis erfordern die Geſetze, daß der Implorat des Imploranten Beſitz wirklich und zwar thätlich turbirt habe.

L. 11. D. de vi et vi arm.
L. 3. §. 3. et 4. D. uti poſſid.
L. 14. D. de injur.

Eine bloße wörtliche Störung et ſi pars implorata ſeſe turbaturam minitetur begründet dieſes Rechtsmittel nicht, ſondern der Implorant muß ſodann actionem injuriarum anſtellen.

L. 9. C. quod met. cauſ. verbunden mit
L. 25. D. de act. E. V.

Imploraten leugnen ausdrücklich den angegebenen modum turbativum, und wenn ſie behaupten, daß

ſie

sie sich für berechtiget hielten, wider Willen der Imploraten von ihrer Mark einige Stücke einkämpfen zu lassen, so würde diese Aeußerung für nichts anders, als ein Rühmen eines habenden Rechts, allenfalls für eine Androhung einer möglichen Turbation und Veränderung des objecti litis zu achten seyn, welche aber erst werkthätig gemacht werden muß, wenn das jetzige Rechtsmittel stattfinden soll.

Imploranten haben ferner das in ihrer Implorations zum Grunde gelegte, von den Imploraten aber in Abrede gestellte factum turbativum, wie es die bekannte Natur des Processes in Summariissimo erfordert, sofort nicht bescheiniget. Hieraus folget, daß ihre Implorations zur Zeit nicht Statt habe. Sie würden auch die bisher aufgelaufenen Kosten an die Imploraten zu erstatten schuldig seyn, wenn dieselben nicht selbst dadurch zur Fortsetzung des Rechtsstreits Veranlassung gegeben hätten, daß sie beständig behauptet, wie den Imploranten, selbst wenn ihnen die von ihnen behauptete Weide- und Huthgerechtigkeit in der Wulftermark zustände, nicht befugt wären, die Imploraten zu hindern, in dieser Mark Zuschläge zu verkaufen. Durch diese ihre widerrechtliche Behauptung haben sie die Kosten-Compensation selbst begründet.

Aus diesen Gründen sind wir überall, wie im Erkenntnisse enthalten, zu erkennen bewogen worden.

XIII.

Ob das Näherrecht in allen Fällen des Wiederkaufes anwendbar sey, und in welchen?

Nach Clingen an Burgemeister und Rath.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung, und was zu deren Fortsetzung in Sachen des Gemeinde-Vorstehers, Meister Gottfried Christoph König zu Clingen, Beklagten, jetzt Leuteranten an einem, wider den Rathskämmerer Johann Justus Schwendel und Consorten daselbst, Kläger, jetzt Leuteraten am andern Theile, das Näherrecht betreffend, verhandelt worden, in einem anbey zurückkommenden Actenbande nebst Beylage zugesendet ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen zu befinden, daß Klägern nicht, wie im vorigen am 26sten Sept. 1795. publicirten Erkenntnisse geschehen, der Beweis über ihre Klage zu eröffnen, vielmehr dieselben mit dieser angebrachtermaßen abzuweisen. Doch bleibet Klägern auf den Fall, daß die Schleevoigtschen Eheleute das in Frage stehende Grundstück den Beklagten wirklich erb- und eigenthümlich überlassen sollten, ihr Recht, wie hiermit geschiehet, ausdrücklich vorbehalten; auch werden die Kosten dieses Rechtsstreites und des ergriffenen Rechtsmittels billig gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Denn was die beiden ersten Beschwerden und die den Klägern entgegengesetzten verzögerlichen Schutzreden betrifft, so ꝛc., und es kommt also nur noch auf die Hauptfrage an:

ob im gegenwärtigen Falle das Näherrecht stattfinde.

Um diese Frage gehörig zu beurtheilen, muß die Lage dieser Rechtssache selbst näher betrachtet werden.

Die Ehefrau des Rathskämmerers Schleevoigt zu Clingen hat mit Zuziehung ihres ehelichen Vormundes am 2ten Jun. 1794. den jetzigen Beklagten verschiedene Ländereyen wiederkaufsweise auf 6 Jahre für einen Preiß von 353 Mfl. überlassen, und es ist dabey ausbedungen worden, daß, wenn Verkäuferin beym Ablauf dieser 6 Jahre das Kaufgeld nicht zurückzahlen sollte, das Geschäfft als ein Erbkauf angesehen werden sollte. Die jetzigen Kläger wollen aus verschiedenen Gründen das Gespilde und Näherrecht an gedachten Grundstücken ausüben, und haben deshalb Klage erhoben, Beklagter aber hat ihnen außer den oben schon abgefertigten verzögerlichen Schutzreden auch noch eine negative Litiscontestation und die Einwendung entgegengesetzt, daß das Näherrecht theils überhaupt, theils wegen der besondern Umstände dieses Falls, nicht stattfinde, und im vorigen Erkenntnisse ist zwar die Zulässigkeit des Näherrechts beym Widerkaufe behauptet, aber wegen der Statthaftigkeit des behaupteten Rechts den Klägern der Beweis auferlegt worden. Dagegen hat nun Beklagter das Rechtsmittel der Leuterung eingewendet, die Schleevoigtschen

schen Eheleute aber haben schon die Erklärung dahin abgegeben, daß sie sich ihres Wiederkaufsrechts bedienen wollen. Jetzt, nachdem das Verfahren geschlossen worden, soll entschieden werden, ob das vorige Erkenntniß zu bestätigen oder abzuändern sey.

Zuerst fällt in die Augen, daß diejenigen Gründe, wodurch sowohl die Gültigkeit des Näherrechts in dasiger Gegend, als auch die Thatsache, wodurch dieses Recht in Ansehung der Kläger begründet werden soll, bezweifelt wird, bey der jetzigen Lage der Sache nicht in Betrachtung kommen, weil sie den Gegenstand des in dem vorigen Erkenntnisse eröffneten Beweises und Gegenbeweises ausmachen würde, von dem wir jedoch aus den unten näher anzuführenden Gründen glauben, daß er wenigstens jetzt noch nicht stattfand. Es kommt also nur darauf an:

1) ob das Näherrecht überhaupt bey Wiederkäufern anwendbar sey?
2) ob nicht, wenn auch der vorige Satz bejahet werden müßte, dennoch im gegenwärtigen Falle eine Ausnahme von der Regel gemacht werden müsse.

Was nun die erste Frage betrifft, so können die dem Kaufe hinzugefügten Nebenabreden und Bedingungen das Näherrecht nicht ausschließen, wofern sie nur die Natur des Geschäffts selbst nicht verändern, und wenn man nur annehmen kann, daß die Sache ohne persönliche Rücksicht verkauft worden sey.

Walch vom Näherrecht, B. 1. Hptst. 3. Abh. 2. §. 10.

Ob nun gleich im Falle des Widerkaufs mehr als bey einem gewöhnlichen Kaufe auf die Eigenschaft des Käufers ankommt, weil im Falle einer solchen Nebenabrede dem Verkäufer mit daran gelegen ist,

daß die Sache in gutem Zustande bleibe, und alle Weitläuftigkeiten vermieden werden, welche bey der Ausübung des Wiederkaufsrechts entstehen könnten: so beziehen sich doch diese Umstände nicht nothwendig auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse der Person des Besitzers, und es lassen sich Maaßregeln treffen, wodurch der Nachtheil, welcher aus den persönlichen Eigenschaften des Besitzers mittelbar für die Sache entstehen könnte, zu vermeiden ist.

Wir würden daher Walchen

a. a. O. §. 41.

nicht widersprechen, wenn er behauptet, daß das bloße pactum de retrovendendo das Näherrecht noch nicht ausschließe. Wir können uns aber auch nicht überzeugen, daß der bloße Name des Geschäffts und der bloße Uebergang einiger Wirkungen des Eigenthums auf den andern Theil schon ein solches Geschäfft begründen, auf welches das Näherrecht wie auf einen wahren Kauf angewendet werden konnte. Wird hinter den Namen des Wiederkaufs ein antichretisches Unterpfand versteckt: so ist in der That kein wahres Kaufgeschäfft vorhanden.

Daß die in dasiger Gegend gewöhnlichen Wiederkäufe von dieser Art sind, erhellet aus dem Mandate vom 26sten November 1661, wo zwar die Zertheilung der Grundstücke in zu kleine Theile verboten, dabey aber erlaubt wird, einzelne Aecker aus ganzen Hufen oder Vierteln zu Rettung aus Noth auf einen Wiederkauf zu beschlagen, und wenn gleich mehrere landesherrliche Verordnungen, z. B. die vom 26sten September 1766, in Ansehung des lehnsherrlichen Consenses den Wiederkauf

dem

dem Kaufe gleichsetzen, so werden doch dadurch diese Geschäffte selbst nicht ihrem Wesen nach einander gleichgemacht.

Aus allem, was bisher angeführet worden, kann wenigstens soviel geschlossen werden, daß der Wiederkauf in Rücksicht auf das Näherrecht dem Erbkaufe nicht durchgehends gleichgeachtet werden könne. Dieses vorausgesetzt, wird die Beantwortung der zweyten Frage:

ob nicht Gründe vorhanden sind, den gegenwärtigen Fall des Näherrechts auszuschließen?

keine Schwierigkeit haben.

Denn da es nicht als eine Regel angenommen werden kann, daß der Wiederkauf, als solcher, dem Näherrecht unterliege: so wird man nur das gegenwärtige Geschäfft selbst prüfen dürfen, um zu sehen, in wie fern ein wahrer Kauf mit einem pacto de retrovendendo existire, oder ob ein anderes Geschäfft hinter dem Namen eines Wiederkaufs versteckt sey.

Nur im ersten Fall läßt sich die Ausübung des Näherrechts anwenden; denn nur in sofern das Geschäfft seinem Wesen nach Kauf ist, findet das Näherrecht statt. Allein der zweyte Fall ist es eben, welcher hier eintritt.

Der Wiederkauf ist auf 6 Jahre geschlossen, und der Erbkauf selbst muß nach Ablauf dieser sechs Jahre seinen Anfang nehmen. Bis dahin also ist der sogenannte Kaufpreiß nichts als ein Darlehn, wofür unter dem Namen eines Wiederkaufs die in Frage stehenden Grundstücke antichretisch verpfändet worden.

Wie man aber auch die Sache betrachten mag, so ist doch soviel gewiß, daß der, welcher das Näherrecht ausüben will, sich auch alle diejenigen Bedingungen gefallen lassen muß, unter welchen der Käufer die Sache übernommen hat, und die Kläger müssen sich also die Ausübung des Wiederkaufsrechts von Seiten der Schleevoigtschen Eheleute eben so gefallen lassen, als ob es gegen den jetzigen Beklagten ausgeübet würde.

Zwar könnte hier der Zweifel erregt werden, ob die in den Acten befindliche bedingte Erklärung gelten könne, da sie offenbar auf Vereitelung des Näherrechts der Kläger abzweckt, und Gesetze sowohl, als Richter, niemandes böse Absicht begünstigen dürfen.

Aber wer sich seines Rechts bedient, thut niemandem Unrecht, und es ist gewiß, daß die Schleevoigtschen Eheleute zu Ausübung des Wiederkaufsrechts berechtiget sind, ohne daß sie schuldig waren, von ihrer Absicht dabey Rechenschaft abzulegen. Nur darin fehlen sie, daß sie dieses Wiederkaufsrecht jetzt schon ausüben wollen, da sie doch zu demselben erst nach Ablauf der eben erwähnten 6 Jahre berechtiget sind.

Es kann daher diese Erklärung nur in sofern rechtliche Wirkung haben, als sie zu erkennen giebt, daß die Schleevoigtischen Eheleute nicht gesonnen sind, den Erbkauf eintreten zu lassen.

Wenn man aber auch die Erklärung, als zu frühzeitig abgegeben, gar nicht gelten lassen wollte, so giebt doch der ganze Context zu erkennen, daß zwey Zeitpuncte unterschieden werden müssen, nemlich der, wo der sogenannte Käufer gegen Abrechnung der Zinsen des gezahlten Capitals die Nutzungen

gen der Grundstücke ziehen, und der, wo er es als Eigenthum besitzen soll. Erst wenn dieser eintritt, ist die Ausübung des Näherrechts denkbar, und es haben daher Kläger inzwischen mit ihrer Klage abgewiesen werden müssen.

Bey dieser Lage der Sache bedarf es des nachgelassenen Beweises nicht, und es sind also sämtliche Beschwerden des Leuteranten eben dadurch gehoben.

Die Vergleichung der Kosten aber mußte deswegen erfolgen, weil Kläger nicht nur ein Erkenntniß für sich haben, sondern sie auch gute Gründe hatten, ihre Absicht, das Näherrecht auszuüben, bey Zeiten zu erkennen zu geben.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall so, wie im Urtheil geschehen ist, erkannt werden müssen.

XIV.

Redendes Beyspiel der Schädlichkeit, daß der Civilrichter von Amtswegen die zur Fortsetzung eines bey ihm anhängigen Rechtsstreits nöthigen Verfügungen treffen darf.

Nach Osnabrück. Als die Herren uns übergebene Beschwerden sowohl, als eingewandte Rechtsmittel dictionis nullitatis sive iniquitatis, nicht minder geführten Beweis und Gegenbeweis, dagegen vorgeschützte Ausflüchte und ferneres rechtliches Einbringen, in Sachen sämtlicher Eingesessenen der Dorfschaft Astrupp, Kirchspiels Neuenkirchen, Imploranten, Producenten und Reproducten an einem, wider den Advocatum Fisci in angeordneter rechtlichen Vertretung des Hochfürstl. Amtes Vörden sowohl, als Bürgermeisters und Raths und sämtlicher Einwohner des Fleckens Vörden, Imploraten, Producten und Reproducenten am andern Theile, zugesendet ꝛc.

Daß es zuvörderst in Ansehung des Gebrauchs der sogenannten Astrupper Bache vom Maytag bis Jacobi bey der Erklärung der Imploranten, daß darüber unter ihnen und den Implorаten jetzt kein Streit mehr obwalte, sondern binnen dieser Zeit jeder Theil diese Bache zur Hälfte des darin rinnenden Wassers zu gebrauchen befugt sey, sein Bewenden habe. Dagegen in Ansehung des annoch streitigen

tigen Gebrauches dieser Astrupper Bache von Jacobi bis Maytag die darüber von den Imploranten wider die Einwohner des Fleckens Vörden geführten neuern Beschwerden und dadurch veranlaßten Rechtfertigungen als Fortsetzung des darüber im Anfange dieses 18ten Jahrhunderts entstandenen und nach einiger Zeit ruhenden nicht geendeten Processes anzunehmen: aus den verhandelten Acten aber sich ergebe, daß Imploranten dasjenige, was sie zu erweisen freywillig unternommen, mithin zu erweisen schuldig gewesen, wie sich zu Recht gebühret, nicht erwiesen, dannenhero es der von ihnen eingewandten Rechtsmittel ohngeachtet bey dem am 11 März 1724. und 12 December 1722. eröffneten Erkenntnissen dergestalt verbleibe, daß Imploranten bey Vermeidung der in dem Erkenntnisse vom 12 Dec. 1722. angedroheten Strafe, sich von Jacobi bis Maytag des Gebrauchs der Astrupperbache zur Wässerung ihrer daranstoßenden Wiesen gänzlich zu enthalten zwar verbunden, es ist auch nunmehro die einstweilige und provisorische Verfügung vom 12 März 1791. hinwiederum aufzuheben: doch sind nicht minder die imploratischen Rath und Einwohner des Fleckens Vörden gehalten, die während dieses Rechtsstreits wegen des von den Imploranten von Jacobi bis Maytag sich widerrechtlich angemaßten Gebrauchs der Astrupper-Bache jenen abgenommenen sämtlichen Pfänder, so weit solches noch nicht geschehen, unentgeldlich an die Imploranten sofort zurückzugeben. Die auf diesen Rechtshandel bis jetzt aufgegangene Kosten aber werden, gestalten Sachen nach, billig gegen einander compensiret und aufgehoben. V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Ein kleiner an oder durch die Flur der Dorfschaft Astrupp nach dem Flecken Vörden fließender Bach, die Astrupperbache genannt, ist schon seit länger als einem Jahrhundert die Ursach der Eifersucht zwischen den Eingesessenen zu Astrupp und den Einwohnern des Fleckens Vörden gewesen. Jene wollten sich dieses Baches das ganze Jahr hindurch zur Wässerung ihrer daranstoßenden Wiesen bedienen, diese aber ihnen solches ganz nicht und zu keiner Jahrszeit erlauben. Und wann jene zu ihrer Absicht den Wasserlauf hemmten, so rissen diese nicht nur die von jenen des Endes gemachten Stauungs- oder Hemmungswerke ein, sondern nahmen auch unter dem Beystande des Amtes Vörden, dessen Dingpflichtige die Astrupper sind, Pfändungen gegen diejenigen Astrupper vor, die behufs ihrer Wiesenwässerung den Wasserlauf der Astrupperbache gehemmt hatten.

Diese Pfändungen veranlaßten eine Klage, welche die Astrupper im Jahr 1719. bey der Fürstl. Land- und Justiz-Canzley zu Osnabrück wider den damaligen Beamten zu Vörden anbrachten, und welche sie bald auch auf die Einwohner des Fleckens Vörden ausdehnten.

Nachdem der Versuch der Sühne, den der zur Einnehmung des Augenscheins abgeordnete Commissarius an Ort und Stelle seinem Auftrag gemäß vorgenommen hatte, fehlgeschlagen war; so erkannte die Land- und Justiz-Canzley am 12 December 1722:

„daß die Astrupper sich der Bache qu. zwischen „Maytag und Jacobi zwar zur Halbscheid zu „gebrauchen, hernächst aber sich derselben bey

„zwan-

„zwanzig Goldgülden Strafe zu enthalten,
„gleich dann auch jene die aufgegangenen Un-
„kosten diesen zu refundiren schuldig.„

Nun beginnet das gerichtliche Protocollum actorum, vermöge dessen die Astrupper gegen obige Sentenz extrajudicialiter Interposition ꝛc. zwar übergeben, aber diese Eingabe der Astrupper findet sich bey den Acten selbst gar nicht, sondern statt derselben ein Promemoria von alter Hand bemerket,

„daß sub hoc numero die Articuli probatoria-
„les gelegt gewesen.„

Die von nun an in dem Actenbande folgende in dem Protocollo actorum richtig mit derselben alten Hand verzeichnete Eingaben berühren die Hauptsache gar nicht, sondern betreffen blos den legitimationspunct. Die Fürstl. land- und Justiz-Canzley erkannte am 11ten März 1724:

„auf eingewandte Interposition in Sachen
„der Astrupper, Interponenten, wider die
„Eingesessenen des Fleckens Vörden, auch
„dabey intervenirenden Advocatum Patriae,
„Interponaten, einen, andern und dritten
„Theils, allem wohl erwogenen ferneren An-
„und Vorbringen nach, zu Recht, daß, so-
„viel die quästionirte Stauung des Baches
„zwischen May und Jacobi, auch die Ver-
„urtheilung in expensas bis dahin betrifft, die
„letztern Urtheile zu bestätigen; in Behuf des
„übrigen Beweises aber Interponenten annoch
„zu hören, und zu dem Ende der 7te, 8te
„und 9te Artikel mit Verwerfung der andern
„zu admittiren, mithin Citation wider die
„darüber abzuhörenden Zeugen, cum denun-
„ciatione solita ad dandum interrogatoria, si

„ve-

„velint, auszufertigen; immittelst es dem „Willkühr der Beamten — wegen eingeklag„ter Pfändung — schlechterdings zu überlas„sen, und die fernerweiten Unkosten usque ad „finem litis auszusetzen.„

Einestheils läßt sich zwar aus den Acten nicht ersehen, welches Rechtsmittel die Astrupper gegen das vorhergehende Erkenntniß eingewendet, und aus welchen Gründen sie solches rechtfertigen wollen; doch aber läßt sich anderntheils zur Legalität des erkennenden Gerichtshofes das Zutrauen haben, daß das zur Hand genommene Rechtsmittel qua formalia et materialia für zulässig zu achten gewesen; so wie drittentheils aus dem Zusammenhange anzunehmen ist, daß die Astrupper von freyen Stücken den Beweis ihrer Behauptung,

„daß sie das ganze Jahr hindurch uneinge„schränkt befugt, die Astrupper-Bache zur „Wässerung ihrer Wiesen zu gebrauchen,„

übernommen haben.

Wider die capita odiosa dieser Sentenz wandten die Astrupper binnen den geordneten 10 Tagen das remedium suspensivum dictionis Nullitatis vel etiam Iniquitatis ein, und sub reservatione ulterioris, quatenus opus, deductionis erklären sie diese Beschwerden-Anzeige für eine praeliminarem remedii interpositi deductionem.

Eine weitere Verhandlung dieses Rechtsmittels findet sich nicht in den Acten. Auch das Protocollum actorum erwähnet derselben nicht, vielmehr betreffen alle bis ins Jahr 1726. zu den Acten gekommene schriftliche Eingaben, und in dem Protocollo actorum verzeichnete mündliche Vorträge

der

der Parteyen und getroffene Verfügungen des Gerichts die Abhörung der Pro- und Reprobatorialzeugen. Die verzeichnete Actenſammlung ſchließt ſich mit einem ſchriftlichen Antrage des Advocati Patriae vom 12ten Januar 1726. auf Eröffnung der Zeugenroteln. Die Originalzeugenroteln finden ſich ſo wenig verſchloſſen, als eröffnet, weder in den Acten ſelbſt, noch in dem Protocollo actorum, noch iſt eine Verfügung des Gerichts in Anſehung ihrer Eröffnung anzutreffen. Wol aber fand man, als im Jahr 1791. dieſe alten Acten in der Gerichtsregiſtratur aufgeſucht wurden, ſie mit einem von zweyen verſchiedenen alten Händen gefertigten Protocollo actorum verſehen, und in demſelben zwey ſchlechte von derſelben Hand gefertigte Abſchriften der Pro- und Reprobatorialroteln. Keine derſelben iſt mit einem Praeſentato verſehen, noch in dem Protocollo actorum als Actenſtück verzeichnet, auch nicht zu erſehen, wie ſie zu den Acten gekommen, obſchon in Dorſo der Abſchrift des Probatorialrotels mit einer alten Hand

„Praeſentetur der Verfolg. Dec. in Conſ.
„den 22 Sept. 1729.„

geſchrieben iſt, und das alte Protocollum actorum ſich mit einer Regiſtratur vom 7ten Febr. 1730. über einen mündlichen Vertrag ſchließt, in welchem der Aſtrupper Procurator Holtmann um unverweilte Ausfolge des Rotuli bittet, weil ſeine Principales ſchon vor mehr als zwey Jahren, dafür die Jura zu bezahlen, ſogar executive angewieſen worden.

Seit dieſer Zeit iſt bis zum 21 Dec. 1790. wegen dieſer Waſſerſtreitigkeit nach den Acten von keinem Theile etwas verhandelt oder nachgeſucht worden. Nur am 21 Dec. 1790. übergaben die

Aſtrup-

Astrupper, ohne des ältern Processes zu erwähnen, wider die Vorsteher und Einwohner des Fleckens Vörden deshalb eine Beschwerde, daß solche sie in dem freyen Gebrauche der ihnen eigenthümlichen Astrupper-Bache gestöret und gepfändet hätten.

Bürgermeister und Rath des Fleckens Vörden bezogen sich dagegen in der ihnen anbefohlnen Vernehmlassung auf die vorigen alten Acten, worauf denn, nachdem solche, wie bemerkt, in der Registratur aufgefunden, derselben Einsicht den Parteyen verstattet, und solche vermöge gerichtlicher Verfügung vom 25 Febr. 1791. den neuen Verhandlungen beygelegt worden, wegen des Gebrauchs der Astrupper Bache eine weitläuftige neue rechtliche Verhandlung zwischen der Dorfschaft Astrupp und dem Advocato Fisci, dem die rechtliche Vertretung des Amtes und Fleckens Vörden höchsten Orts anbefohlen worden, entstanden ist.

Diese actenmäßige Darstellung läßt nun an der Rechtshängigkeit des im Jahr 1719. wegen der Astrupper-Bache zwischen den Imploranten und dem Amte auch den Einwohnern des Fleckens Vörden entstandenen Rechtsstreits nicht zweifeln.

Von 1719. ward unter denselben Parteyen über den nemlichen Gegenstand nicht nur bis 1730. ein Proceß geführet, unter denen über denselben im Jahre 1790. der neue entstand, sondern beide wurden durch gleiche Thathandlungen, nemlich durch Pfändungen veranlaßt, welche die Eingesessenen zu Vörden unter Genehmigung des Fürstl. Amtes Vörden gegen dessen dingpflichtige Astrupper wegen der Hemmung der Astrupper-Bache vorgenommen hatten.

Wenn beide Parteyen gleichsam stillschweigend sich vereinigen, den unter ihnen rechtshängigen Proceß

ceß auf einige Zeit ruhen zu lassen, indem der eine Theil dasjenige nicht freywillig bewirket, was der Lauf des Processes ihm zur Pflicht macht, und sein Gegentheil den darunter begangenen Ungehorsam nicht rüget; so muß die Lage des Processes sowohl, als des wechselseitigen rechtlichen Verhältnisses der Parteyen, welches den Rechtsstreit veranlaßte, um so mehr wärend dieser Ruhe derselbe bleiben,

Danz Grundsätze des Processes, §. 459.

als die bekannten Reichsgesetze dem Civilrichter nicht erlauben, das zur Fortsetzung und Beendigung des rechtshängigen Processes Erforderliche von Amtswegen zu verfügen.

C. Ger. O. P. III. tit. 14. §. 12.
arg. C. G. O. P. III. tit. 51. §. 2. tit. 52. §. 3.

Wenn also seit dem 7ten Febr. 1730, wo von Seiten der Imploranten die letzte Handlung gerichtlich vorgenommen ward, bis zum 21 December 1790, wo sie mit ihren neuen Beschwerden hervortraten, verschiedene Monate über 60 Jahre verstrichen waren; so reicht weder dieser Zeitraum hin, um das rechtsstreitige Verhältniß zu ändern, noch kann etwas auf das ankommen, was in dieser Zwischenzeit vorgefallen ist. Dem Zustande des ruhenden Processes zuwider kann also weder ein Besitz erworben, noch eine Verjährung angefangen, noch die vor dem Rechtsstreite angefangene fortgesetzet oder vollendet werden;

L. 3. D. de litig.
L. 2. C. eod.

vielmehr muß bey Erneuerung des, wie lange auch, geruheten Processes derselbe in eben der Lage fortgesetzet werden, in welcher er sich zur Zeit der letzten processualischen Handlung befand.

Wenn

Wenn demnach einestheils Imploranten, wie doch nicht ist, vollständig bewiesen hätten, daß sie vor 1790. sechzig Jahre hindurch aus der sogenannten Astrupper-Bache von Jacobi bis Maytag geruhig und ununterbrochen ihre daranstoßende Wiesen gewässert, anderntheils sie nicht gewußt hätten, daß dieserhalb ein von ihren Vorfahren gegen den das Amt Börden vertretenden landesherrlichen Fiscum und die Einwohner des Fleckens Börden angefangener und noch nicht beendigter Proceß bey der Fürstl. land- und Justiz-Canzley ruhe; so würde ihnen dieses doch nichts helfen können. Denn da die Eingesessenen des Dorfes Astrupp nach der Imploranten wiederholter Behauptung eine eigene Bauerschaft, mithin eine Corporation, ausmachen, diese aber die nemliche bleibet, wenn sich gleich die sämtlichen Mitglieder derselben ändern sollten:

L. 76. D. de judic.
Leyser spec. 54. med. 3.

so folget daraus, daß weder diese ihre behauptete Unwissenheit von dem Daseyn des rechtshängigen Processes, noch die vorgegebene Ausübung des Flöhungsrechts während der Ruhe des alten Processes, sie zu Quasipossessoribus rivi retinendi machen, noch ihnen conditionem usucapiendi jus aquae ducendae aus der Astrupperbache geben können.

de Cramer observ. jur. univ. Tom. I. Part. I. obs. 445. p. 12.
Jo. Frid. Brandis diss. de praescript. litis pendent. (Goett. 1784.) cap. 3.

Es folget denn aus eben dieser Rechtshängigkeit des alten ruhenden Processes ferner, daß

1) weder der imploratische Advocatus Fisci den Imploranten wegen ihrer 1790. angebrachten Be-

Beschwerde exceptionem rei judicatae entgegenzustellen,

2) noch die Einwohner des Fleckens Vörden wegen Stauung der Astrupperbache von Jacobi bis Maytag, selbst unter Bewilligung des zeitigen Fürstl. Beamten zu Vörden, mit Pfändungen gegen die Imploranten vorgehen;

3) noch Imploranten wegen des thätlichen Widerspruchs der Einwohner und des Fürstlichen Beamten zu Vörden gegen die von den Imploranten behufs der Wässerung ihrer Wiesen vorgenommene Eindeichung der Astrupperbache eine Spolienklage anstellen, noch

4) sich der von dem Gerichte unter dem 25sten Febr. 1791. verordneten Zulegung der alten, in der Registratur auf Anhalten der imploratischen Einwohner des Fleckens Vörden aufgesuchten und vorgefundenen Acten mit Beystande Rechtens entgegensetzen können.

Denn ad 1) bekundschaften die alten Acten deutlich genug, daß die Imploranten sowohl gegen das erste am 12ten December 1722, als auch gegen das zweyte am 11ten März 1724. eröffnete Erkenntniß suspensive Rechtsmittel eingewendet, ohngeachtet sie in dem zweyten Erkenntnisse sogar gewissermaßen gegen das erstere obtiniret haben, und daß darauf von beiden Seiten dieser Proceß auf einige Jahre gleichsam derelinquiret worden ist.

Wenn nun auch gleich dem imploratischen Advocato Fisci der in vim eines Landesgesetzes geltende, dem

Cod. Constit. Osnabrug. Part. I. tit. 1. Sect. 20. no. 1. pag. 958.

einverleibte Canzleybescheid vom 20 März 1694. so weit zur Seite stehet, daß das Remedium dictio-

nis nullitatis sive iniquitatis wiederholt nicht gebraucht werden soll: so läßt sich diese Verordnung doch auf das von den Imploranten wider das Erkenntniß vom 11 März 1724. eingewandte Rechtsmittel nicht anwenden. Es ist weder aus diesen Acten zu ersehen, noch hat Implorat, wie sich gebühret, nachgewiesen, daß dasjenige Remedium suspensivum, welches die Imploranten gegen das Erkenntniß vom 12ten December 1722. eingewendet, das Remedium dictionis nullitatis sive iniquitatis gewesen. Ueberdem, und wenn auch mit dem Imploraten anzunehmen stünde, daß wegen Unzulässigkeit des gegen das Erkenntniß vom 11 März 1724. eingewandten Remedii eben dieses Erkenntniß rechtskräftig geworden wäre; so würde doch darum die von ihm zur Hand genommene exceptio rei judicatae nicht so nachgewiesen seyn, daß sie den neuen implorantischen Anträgen entgegenstünde. Denn mit der vom Imploraten behaupteten Rechtskraft des Erkenntnisses vom 11 März 1724. würde auch feststehen, daß Imploranten mit ihrem freywillig angetretenen Beweise zuvörderst zu hören, und so lange darüber nicht rechtskräftig definitive in der Sache erkannt ist, das vorhergehende Erkenntniß vom 12 Dec. 1722. in Ansehung des Gebrauchs des Baches von Jacobi bis Maytag, welcher Zeitraum nur jetzt noch der Gegenstand des Processes ist, nicht zur Vollstreckung gebracht, noch solches als lex aquae ducendae aus der Astrupperbache angesehen werden solle. Daß aber diese Purificatio sententiae vom 12ten December 1722. noch nicht erfolgt, vielmehr der Proceß in Pro- et Reprobatorio unerlediget liegen geblieben, davon liegt auch die Schuld an dem vormaligen Advocato Patriae, als dessen Obliegenheit es um so mehr mit sich brachte,

die

die zur Beendigung dieſer Rechtsſtreitigkeit erforderlichen Anträge zu machen, und dadurch den Richter in den Stand zu ſetzen, gegen die Imploranten zu procediren, da dieſer von Amtswegen in der Sache nicht vorſchreiten konnte. Und wenn es denn gleich

ad 2) wegen der Litispendenz den Imploranten nicht erlaubet war, während des ruhenden Proceſſes ihre an die Aſtrupperbache anſtoßende Wieſen aus dieſem Bache zu wäſſern, und demſelben zu dieſem Behufe einzudammen, vielmehr ſolches ihr Unternehmen, ſie mochten nun von dem darüber rechtshängigen Proceſſe Kenntniß haben, oder nicht, in offenbare Attentaten ausartete: ſo waren doch Imploraten dadurch nicht befugt, mit eigenmächtigen Pfändungen gegen die Imploranten vorzugehen. Die Imploraten mußten wegen Beſtrafung der Imploranten die Hülfe des Gerichtshofes nachſuchen, bey dem die Sache rechtshängig war; ſich aber aller Eigenmächtigkeiten enthalten.

Viſit. Abſch. von 1713. §. 49.
N. R A. §. 59.
Bütter in epitom. proc. Imp. amb. Trib. ſup. 1. §. 209 — 214.

Ferner iſt ad 3) in den ergangenen ältern Acten keine Verfügung befindlich, welche den Imploranten die Benutzung der Aſtrupperbache in dem Zeitraume von Jacobi bis Maytag, nicht einmal einſtweilen, pendente lite erlaubet. Haben Imploraten gegen die Erkenntniſſe vom 12 Dec. 1722. und 11ten März 1724. keine Rechtsmittel eingewendet, ſo ſtehet zwar gegen ſie rechtskräftig feſt, daß den Imploranten vom Maytag bis Jacobi die Befugniß zuſtehe, zur Halbſcheid des Waſſers die Aſtrupperbache zur Wäſſerung ihrer Wieſen anzuwenden, und

die dazu erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Aber hieraus wächst ihnen die nemliche Befugniß für die andere noch völlig streitig gebliebene Jahreszeit, nemlich von Jacobi bis Maytag, so wenig zu, daß sie vielmehr, ohngeachtet sie gegen den Abschnitt dieser Erkenntnisse, wodurch ihnen bis auf geführten bessern Beweis die anverlangte Wässerungsbefugniß völlig aberkannt worden, suspensive unerledigt gebliebene Rechtsmittel eingelegt haben, eben diese Erkenntnisse als richterliche cum causae cognitione abgegebene Inhibitionen ansehen müssen.

Ist nun zwar wol auch ein ex injusta possessione dejectus et turbatus den Rechten nach befugt, gegen den Dejicientem das Interdictum unde vi

L. 1. §. 30. L. 3. §. 9. L. 7. D. de vi et vi arm.

oder das Remedium spolii,

c. 3. C. 3. qu. 1.
c. 5. et 18. X. de restit. spoliat.

pro recuperanda possessione zur Hand zu nehmen, so kann sich doch kein manifestus praedo dieser Rechtsmittel bedienen,

Henr. Zoesius ad Pand. lib. 43. tit. 16. no. 17.
Casp. Ziegler in comment. ad c. 3. C. 3. qu. 1. cap. 4. §. 3.
Jo. Ad. Theoph. Kind quaest. for. Tom. II. cap. 32. p. 187.
Ferd. Gottl. Fleck de interd. unde vi et rem. spolii comm. II. Sect. 2. membr. 1. pag. 105.

welchem eine Parten völlig ähnlich ist, die mit actenkundiger Hintenansetzung der gerichtlichen Verbote sich Attentaten schuldig macht.

Joh. Ludw. Schmidts Abhandl. verschiedener practischer Rechtsmaterien, 1. B. 1. Fall. §. 1.

So ist auch ad 4) der Widerspruch der Imploranten gegen die am 25 Febr. 1791. decretirte Verbin-

bindung der ergangenen alten rechtlichen Verhandlungen mit den neuern Acten, gestalten Sachen nach, durchaus unstatthaft. Denn, wenn gleich, unangesehen, daß nach den Vorschriften des gemeinen Rechts es eine Wirkung der durch die Kriegsbefestigung bewirkten Rechtshängigkeit ist, daß der Proceß auf die Erben und Erbnehmen der Parteyen übergehet,

L. 164. D. de R. J.
Carpzov. P. IV. Const. 46. Def. 6.

solchemnach dieses gemeine Recht keine litisreassumtion für nöthig findet,

L. 19. D. de judic. No. 48.

dennoch die deutschen Reichsgesetze die Reassumtion des Processes und die Vorladung der Gegenpartey auf Ansuchen ihres Gegentheils verordnen,

Visit. Absch. von 1713. §. 58.
J. R. Absch. §. 99. 100. 101.
Gail lib. 1. obs. 109. no. 6. 7.

daher es scheinen möchte, daß in gegenwärtiger Sache vor allen Dingen das Nöthige wegen des Reassumtionsprocesses zuvor erkannt, und bevor Imploranten den so lange geruheten alten Proceß rechtsgebührend nicht reassumiret, bey Abfassung des gegenwärtigen Erkenntnisses auf die alten Acten keine Rücksicht genommen werden sollen, da von imploratischer Seite nicht einmal ein Antrag pro citatione ad litem reassumendam gemacht worden.

Schaumburg in princip. prax. judic. lib. I. Sect. II. cap. 7. §. 5.
Jo. Frid. Wernher d. d. reassumt. litis, Wittenb. 1732.
Jo. Ern. Schroeter d. d. litis reassumt. Erl. 1753.

Allein diese Gesetze und Grundsätze können auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden. Sie sind in deutschen Gerichtshöfen nur dann richtige Entscheidungsgründe, wenn die Reassumtion des Processes wegen Abgang und Veränderung der Person der litigirenden Parteyen nöthig wird; sie sind es aber nicht, wenn ein Proceß, welcher bisher geruhet hatte, manentibus iisdem litigatoribus auf Verlangen der einen Partey wieder fortgesetzet werden soll, und daher seine Beziehung auf die in dem bisher geruheten Processe eingebrachte gerichtliche Verhandlungen die Natur eines Contumacial-Antrages annimmt, und den Richter in den Stand setzt, wegen ordnungsmäßiger Fortsetzung und Beendigung des liegengebliebenen Processes die Nothdurft zu verfügen. Um also den seit 1730. liegengebliebenen Proceß wieder in Gang zu bringen, bedurfte es nichts weiter, als daß sich der imploratische Theil auf diese alten Verhandlungen bezog, indem, weil der Streit unter Corporationen geführet wird, in den Personis litigantibus keine Veränderung vorgehen können.

L. 76. D. de judic.

Hieraus erfolget denn von selbst, daß die ältern bis 1730. verhandelten Actitata bey Beurtheilung der seit 1790. eingebrachten rechtlichen Verhandlungen nicht als bloße Erläuterungs-Acten, sondern als wahre denselben Proceß betreffende Vor-Actenstücke behandelt werden müssen, und da der Proceß in der lage, in welcher ihn die litigirenden Parteyen 1730. ruhen ließen, noch nicht so weit gediehen war, daß darin endlich erkannt werden konnte; so sind sie ihrer Verbindlichkeit nachgekommen, daß sie ihn zur Abfassung eines Definitiverkenntnisses jetzt reif gemacht

macht haben. Dasjenige, was seit 1730. bis 1790. pendente lite zwischen den Imploranten und den Einwohnern des Fleckens Vörden vorgefallen, kann daher, wie die neueren Beschwerdeführungen der Imploranten, nebst den darauf abgegebenen einstweiligen provisorischen Verfügungen jetzt nicht mehr als Hauptsache angesehen werden, sondern dieses alles muß jetzt nur als Incidentpunct betrachtet werden.

In Ansehung der Hauptsache sind wegen des Gebrauchs der Astrupperbache vom Maytag bis Jacobi die abgegebenen beiden Erkenntnisse vom 12ten December 1722. und 11ten März 1724. in Rücksicht auf beide Theile jetzt in ihre Rechtskraft getreten, dergestalt, daß darüber hauptsächlich nichts mehr zu erkennen ist.

Der imploratische Theil hat gegen diese beiden Erkenntnisse nie ein Rechtsmittel eingelegt, und dadurch deutlich genug erkläret, daß er die Befugniß der Imploranten, sich vom Maytag bis Jacobi der Halbscheid des Wassers dieses Baches zur Wässerung ihrer Wiesen zu bedienen, anerkenne. Allein Imploranten haben dagegen suspendirende Rechtsmittel eingelegt, und daher möchte es das Ansehen gewinnen, als wenn darüber annoch rechtlich zu erkennen wäre, da Imploranten nicht ausdrücklich dem deshalb eingelegten Rechtsmittel entsaget haben. Aber die Entsagung eines Processes, oder eines eingelegten Rechtsmittels gegen ein Erkenntniß, erfordert keine ausdrückliche Erklärung, und kann bey Abgang einer besondern Landesordnung auch stillschweigend bewirket werden.

Jo. Chr. Schroeter d. d. litis renunciat. Jen. 1693.

Und für eine solche stillschweigende Entsagung ist es anzunehmen, wenn Imploranten sich äußern:

„über das Wasser vom Maytag bis Jacobi ist „gar kein Streit, sondern der Streit beruhet „nur blos einzig und allein auf der Frage, „ob die Astrupper schuldig sind, das Wasser „in der Astrupperbache von Jacobi bis May„tag ganz nach Vörden fließen lassen zu müs„sen, ohne befugt zu seyn, solches Wasser „zu gebrauchen, und auf ihre Wiesen zu „deichen.„

Es bedurfte daher zur Erledigung der dieses Puncts halber gegen die vorhergehenden Erkenntnisse von den Imploranten eingelegten Rechtsmittel nur einer Purificatoriae.

Sonach bleibt nur noch die Erledigung der Rechtsmittel übrig, welche die Imploranten deshalb gegen die Erkenntnisse vom 12ten Dec. 1722. und 11ten März 1724. eingelegt haben, weil ihnen darin der Gebrauch der Astrupperbache von Jacobi bis Maytag gänzlich bey einer beträchtlichen Geldstrafe untersagt, und völlig aberkannt worden ist.

Die Entscheidung dieses in der Hauptsache noch allein streitig gebliebenen Puncts hängt lediglich von der Beurtheilung des darüber geführten Be- und Gegenbeweises ab. Das Haupterkenntniß vom 12 December 1722. ist unbedingt abgefaßt, und darin den Imploranten der Beweis ihrer behaupteten Befugniß, die Astrupperbache von Jacobi bis Maytag zur Wässerung ihrer Wiesen zu gebrauchen, so wenig auferlegt, als nachgelassen worden.

Und wenn gleich die Einwendungsschrift des dagegen interponirten Rechtsmittels nicht bey den

Acten

Acten iſt, ſo läßt ſich doch leicht aus dem Inhalte des darauf erfolgten Erkenntniſſes vom 11 März 1724. ſchließen, daß ſie ſich auch aus der Urſach in der ſententia contra quam beſchweret erachtet haben, daß ihnen nicht einmal dieſer Beweis noch nachzuholen und zu führen vorbehalten worden.

Wenn man alſo die Worte dieſes letztern Erkenntniſſes:

„daß Interponenten in Behuf des übrigen Be„weiſes (d. i. wegen des Gebrauches dieſes „Baches von Jacobi bis May) annoch zu „hören,„

theils damit, daß Imploranten, beſage des alten Protocolli Actorum und des jetzt die Stelle der ehemaligen eigentlichen Eingabe der Imploranten, worin ſie ihr Rechtsmittel eingelegt und deducirt haben müſſen, vertretenden Promemoria, ſofort Beweisartikel übergeben haben, theils mit dem nachherigen Verfolge dieſer alten Acten verbindet, und dabey in Erwägung ziehet, daß ſie in der Ausführung ihres wider das Erkenntniß vom 11 März 1724 eingelegten Remedii dictionis nullitatis ſive iniquitatis darüber keine Beſchwerde aufgeſtellet haben, daß in der Sententia contra quam nicht pure reformatorie erkannt, oder dem Gegentheile die Probatio juris prohibendi auferlegt worden, welches dieſe gegen die Imploranten behaupteten; ſo bleibet nichts weiter übrig, als anzunehmen, daß die Imploranten freywillig ſich erboten, ihre behauptete Befugniß zu erweiſen. Dieſe ihre Oblatio ad probandum hat nun aber dieſelbe rechtliche Kraft, als wenn ihnen dieſer Beweis durch ein rechtskräftiges Interlocut wäre auferlegt worden, um ſo mehr, als ſie durch das nachherige Interlocut vom 11 März 1724, vermöge

dessen Imploranten mit diesem ihrem anerbotenen Beweise annoch gehöret werden sollen, und wogegen Imploraten nichts eingewendet haben, die Natur eines nachgelassenen Beweises angenommen hat.

Haben nun gleich Imploranten gegen dieses Interlocut ein Rechtsmittel eingelegt: so ist doch solches nicht gegen dasselbe deshalb gerichtet, weil ihnen darin der Beweis ihrer Befugniß, die Bache von Jacobi bis Maytag zu gebrauchen, nachgelassen worden. Sie konnten sich auch darüber nicht beschweren, weil dieses ihrem Verlangen entsprach. Sonach kann jetzt keine Frage mehr davon seyn, ob die Imploranten diesen Beweis zu führen den Rechten nach schuldig gewesen, da dieses gegen sie einmal rechtskräftig feststehet; sondern alles hängt davon ab: ob sie den ihnen obliegenden Beweis vollführet haben? Hierzu nutzen nun die von den Parteyen in ihren neuern Verhandlungen aufgeworfene Fragen von dem Ursprunge dieses Baches so wenig, als, ob er ein öffentlicher oder Privatbach sey? imgleichen, ob er auf der Imploranten Flur, oder auf der dem Flecken Vörden zustehenden fließe? weniger, als nichts.

Diese und ähnliche Erörterungen würden nur dann von Belange seyn, wenn über die Frage eine Entscheidung zu ertheilen wäre, ob Imploranten, oder dem imploratischen Theile, der Beweis aufzulegen sey? Diesen Beweis haben nun Imploranten, so wie ihr Gegentheil den Gegenbeweis, Inhalts der verhandelten alten Acten nicht nur ohnlängst durch Zeugen angetreten, sondern es sind auch diese Zeugen ebenfalls ordnungsmäßig abgehöret worden. Und wenn gleich aus diesen alten Acten nicht ganz deutlich hervorgehet, daß die Pro- und Reprobatorialzeugenrotel publiciret worden, so

ist

ist doch solche gehörig geschehene Publicatio attestationum pro- et reprobatorialium deshalb mehr als wahrscheinlich, weil der Imploranten Procurator, besage des Protocolli der alten Acten am 7 Febr. 1730, um die Ausfolge der Abschriften dieser Rotulorum Ansuchung gethan hat. Diese publicirte Originalzeugenaussage findet sich nun zwar eben so wenig bey den Acten, als man darin beglaubte Abschriften davon antrifft, an deren Stelle jetzt eine schlechte Copey sowohl von dem Beweis-, als auch von dem Gegenbeweisrotel tritt, welche, wie der Augenschein giebet, von derselben Hand gefertiget ist. Ohngeachtet nun in der Designation der alten Acten weder die eröffneten Original-Beweis- und Gegenbeweisroteln, noch diese mit dem Actenbande in der Gerichtsregistratur zugleich vorgefundene Copeyen verzeichnet sind, noch aus den Acten zu ersehen ist, wo die Originalien geblieben, oder wie die vorgefundenen Copeyen zu den vorgefundenen Acten gekommen; so hindert dieses doch jetzt nicht, diese schlechten Abschriften zum Grunde des abzufassenden Erkenntnisses zu legen.

Denn, wenn gleich einestheils es gewiß ist, daß simple, von einem Privatmanne gefertigte, Abschriften in der Regel keinen Glauben verdienen,

c. 1. X. de fid. instr.
Boehmer in Jur. Eccl. Prot. lib. II. tit. 22. §. 5.

und von diesen Abschriften der Verfertiger derselben unbekannt ist; so ist doch diese Regel nicht ohne Ausnahme, wohin besonders der Fall gehöret, wenn solche Abschriften in einem öffentlichen Archive unter andern dahin gehörigen Schriften aufgefunden werden, mit denen sie ihres Inhalts wegen in einem solchen Zusammenhange stehen, daß sie als Theile

der

der ganzen Sammlung der litteralien von dem Archivbeamten aufbewahret worden;

Müller ad Struvii exerc. 28. thes. 31. litt. E.
Jo. Aug. Hellfeld d. d. probat. per exempla cop. docum. §. 10—17.

überdem das in dorso der Abschrift des Beweisrotels mit alter Hand geschriebene gerichtliche Decret die Vermuthung der Glaubwürdigkeit dieser Schriften ziemlich vermehret, welche ihnen schon deshalb zustehet, weil sie mit den übrigen diesen Rechtsstreit angehenden alten Gerichtsacten in der Gerichtsregistratur vorgefunden worden.

Wenn aber dieses alles nicht wäre, und diese beiden Stücke ganz keine Glaubwürdigkeit verdienten, obschon sonsten in rebus antiquis, wie hier, auch leviores probationes zuzulassen sind, so würde der Beweis nothwendig für verlohren geachtet werden müssen *).

Wollten überdem die Imploranten den ihnen obliegenden Beweis mit Nutzen unternehmen: so mußten sie ihre Beweisartikel auf den modum adquirendi jus ducendae aquae richten. Dieses ist von ihnen nicht geschehen. Zwar haben sie in dem ersten bis fünften Beweisartikel darauf articuliret, daß diese sogenannte Astrupperbache ein Privatbach und ihnen eigenthümlich zuständig sey. Allein die Schlußfolge von dem Eigenthum dieses Bachs auf die Befugniß, ihn zur Wässerung ihrer Wiesen anzuwenden, war bereits durch das Erkenntniß vom 12 Dec. 1722. verworfen, und wahrscheinlich war dieses der Grund, warum das Erkenntniß vom 11 März 1724. auch diese Artikel für unzulässig er-

*) Was nun folgte, ist ein den Leser nicht interessirender Auszug aus den Beweis- und Gegenbeweis-Zeugenaussagen, und daher weggelassen worden.

erklärte. Hierzu war auch so viel Grund vorhanden, da das erwiesene Eigenthum eines Privati an einem weiterfließenden Bache dessen Eigenthümer nicht berechtiget, zum Nachtheil des tieferliegenden in dessen Laufe eine Veränderung vorzunehmen, oder denselben auf immer oder auf eine gewisse Zeit zu hemmen; sondern dazu die Befugniß besonders noch erlangt werden muß.

L. 1. §. 1. 9. 11. 13. D. de aqua et aqua pluv.
L. 8. D. eod.

Und dieses tritt gegen die Imploranten um so mehr ein, die, wenn man ihnen auch das zur Zeit noch nicht von ihnen erwiesene Eigenthum dieses Baches beylegen wollte, schon darum kein uneingeschränktes Eigenthum daran haben können, da sie selbst zugestehen, daß ihnen vom Maytag bis Jacobi, folglich zu einer Zeit, wo ihnen wegen der Wiesenwässerung die Einschränkung ihres Eigenthums nothwendig beschwerlicher seyn muß, als von Jacobi bis Maytag, nur die Halbscheid des Wassers dieses Baches auf ihre daran anstoßende Wiesen zu leiten erlaubt sey, mithin die Bestimmung

L. 8. §. 23. D. de aqua et aqua pluv.

in Anwendung kommt *).

*) Auch die weitern Entscheidungsgründe, wodurch die übrigen Abschnitte des Erkenntnisses gerechtfertiget werden, sind aus Achtung für den Leser weggelassen worden.

XV.

Ueber die rechtliche Folge der Empfehlungen, besonders unter Kaufleuten.

Nach Hamburg an Bürgermeister und Rath.

Als Ew. Magnificenz und die Herren uns libellum revisionis, dagegen eingereichte exceptiones und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen Johann Friedrich Behrens, Heinrichs Sohn, daselbst, Beklagten, jetzt Revidenten an einem, wider Volkmanns Wittwe und Sohn, in Hildesheim, Kläger, jetzt Revisen am andern Theile, in einem anbey zurückkommenden Fasciculo Actorum zugesendet ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen soviel zu befinden, daß Beklagter die eingeklagten 1000 Rthlr. Louisd'or nebst den Zinsen, von Zeit der erhobenen Klage, innerhalb vier Wochen zu bezahlen, nicht schuldig, und also auch das am 10ten October 1796. ergangene Urtheil nicht zu ändern, solches vielmehr seinem ganzen Inhalte nach wiederherzustellen, solchemnach Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden, sämmtliche Kosten aber aus bewegenden Ursachen zu compensiren, als wohin das am 5ten April 1797. eröffnete Urtheil ebenfalls mit Vergleichung der Kosten abgeändert wird. Von Rechts wegen.

Ent-

Entscheidungsgründe.

Denn beide Theile vereinigen sich in der Richtigkeit folgender Thatsachen:

Beklagter schrieb am 5ten May 1794. an die Kläger einen Brief, folgenden Inhalts:

> Mein Vetter Kinderling schreibt mir, daß jetzt sich einige schlechte Menschen dort vorgesetzt hätten, seinen Credit zu schwächen, und daß es ihnen auch gelungen sey, bey Einem oder Andern ihren Endzweck zu erreichen. Er glaubt, daß das auch der Fall bey Ew. Wohlgebohren sey, und ist sehr bekümmert deswegen. Meine Pflicht erfordert es, Denenselben hiermit bekannt zu machen, daß Ew. Wohlgebohren in Rücksicht seiner ganz ruhig seyn können, und daß ich, wenn es erfordert würde, bereit bin, für ihn zu bezahlen; welches doch nicht der Fall ist. Ich weiß es, daß er an einem Orte, wo wenig Menschen wohnen, worunter sich denn gewöhnlich viele Ohrenbläser befinden, es sehr leicht wird, jemandes Credit entweder aus Neid oder aus Klatschsucht zu schwächen, weil einer den andern so sehr bemerkt. Ew. Wohlgebohren verzeihen diese Anmerkung. In Hoffnung, daß Ew. Wohlgebohren meinem Vetter wiederum Ihr voriges Zutrauen schenken, habe ich die Ehre, mit aller Hochachtung zu verharren ꝛc.

Bey diesem Briefe befand sich folgende Nachschrift:

> Vor einiger Zeit habe ich freylich ein paar Wechsel von Herrn Kinderling protestiren lassen, so wie ich auch von einigen andern Freunden, besonders aus Braunschweig, habe thun müssen,

müssen; dieses geschah aber nur in der Absicht, einem jeden ohne Unterschied zu zeigen, daß ich nicht gewillet, alle Wechsel sans rimes et sans raison zu acceptiren; es sollte mir wirklich leid thun, wenn ihm solches geschadet hätte.

Und es war demselben noch folgender Vermerk beygefügt:

Der Wechsel von 500 Rthlr. von Herrn Kinderling ist zur Acception noch nicht präsentiret worden, und da ich von Stadtswegen auf 8 Tage nach Ritzbüttel verreisen muß, um daselbst einen neuen Amtmann mit einzuführen, so wird der Einhaber vermuthlich bis zu meiner Zurückkunft sich gedulden; ich melde dieses, damit Dieselben ruhig seyn können, denn ich werde jetzt alle Wechsel von Herrn Kinderling acceptiren und bezahlen.

Auf diesen Brief ertheilten zwar Kläger keine Antwort. Es haben aber Kläger in der Folge die auf den Beklagten vom Kinderling gezogenen Wechsel angenommen, von denen jedoch 3 Wechsel mit Protest zurückkamen, ohne daß sich Kläger deshalb bey dem Beklagten beschweret hätten, weil sie, wie sie behaupten, von Seiten des Kinderlings befriediget worden, und es also eines Regresses an den Beklagten nicht bedurfte.

Am 13ten Jan. 1795. meldeten Kläger dem Beklagten, daß sie einen vom Kinderling über 1000 Rthlr. louisd'or auf ihn, 4 Wochen nach Sicht ausgestellten Wechsel in Händen haben, welches eben der Wechsel ist, welchen Kinderling an Kläger Ordre unter dem 6ten Jan. 1795. auf Beklagten gezogen hatte; und am 19ten desselben Monats zeigte eben dieser Kinderling dem Beklagten an,

daß

daß er zu zahlen aufgehört, und seinen Gläubigern 15 pro Cent angeboten habe, wozu schon einige gezeichnet hätten.

Als nun Beklagter diesen Wechsel nicht acceptirte, erhoben Kläger gegen den Beklagten die gegenwärtige Klage, und gründeten diese auf den am 5ten May 1794. vom Beklagten an die Kläger erlassenen Brief, wodurch Beklagter sich verbindlich gemacht hätte, den für Rechnung des Kinderlings an ihn gezogenen Wechsel zu bezahlen.

Beklagter leugnete, daß er in diesem Briefe eine Verbindlichkeit, die Schuld des Kinderlings zu bezahlen, übernommen habe, und daß er schuldig sey, die eine geraume Zeit nach diesem Briefe, welcher ohnedies nicht acceptiret worden, gezogene Tratte anzunehmen, zumal da schon mehrere Wechsel mit Protest zurückgegangen wären, Kläger aber den Beklagten dieserhalb nicht in Anspruch genommen hätten.

Nach abgehaltenem dilatorischen, paritorischen und Hauptverfahren wurde am 10ten Oct. 1796. definitive dahin erkannt:

daß Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden, die Kosten aber aus bewegenden Ursachen zu compensiren.

Auf das dagegen eingewandte Restitutionsgesuch wurde am 5ten April 1797. ein abänderndes Erkenntniß dahin eröffnet:

daß das vorige Urtheil dahin zu reformiren: daß Beklagter dem m. n. Herren Klägern die libellirten 1000 Rthlr. Louisd'or nebst den Zinsen von Zeit der erhobenen Klage innerhalb 4 Wochen zu bezahlen schuldig; die Kosten

jedoch aus bewegenden Ursachen zu compensiren.

Hiergegen wandte Beklagter das Rechtsmittel der Revision ein, und trug auf die Actenversendung an, so daß nunmehro nach abgehaltenem Verfahren der Streit zu entscheiden ist, ob das vorige Erkenntniß zu bestätigen, oder das zuerst gesprochene wiederherzustellen sey.

Es kommen hierbey zwey Fragen zur Entscheidung, nemlich:

1) ob der vom Beklagten an die Kläger unter dem 5ten May 1794. erlassene Brief eine rechtliche Verbindlichkeit, für den Kinderling zu haften, nach sich gezogen habe;
2) ob nicht diese Verbindlichkeit, wenn sie wirklich stattgefunden hätte, durch die nachher eingetretenen Umstände aufgehoben worden sey.

Die Bejahung der ersten Frage scheint dem ersten Anblick nach sehr bald entschieden zu seyn, da das Geschäfft unter Kaufleuten vorgefallen ist, deren Empfehlung man den Bürgschaften gleich zu achten pflegt. Daher behauptet Benedict Carpzov

in Jurispr. forens. P. II. cap. 18. def. 24.

inter mercatores etiam persuasionem ac rogationem de credendo merces alicui ignoto obligationem inducere, und es wird zum Grunde angeführt, quod persuasus semper fidejubere censeatur, et quia in mercatoribus fides requiritur exuberantissima.

Da aber dieser Rechtslehrer in der angeführten Stelle selbst annimmt, daß die bloße Empfehlung diese Folge nicht habe, auch kein für ganz Deutschland geltendes Gesetz anführet; allgemeine deutsche Gewohnheiten aber nur in wenig Fällen

angenommen werden können, und Carpzov es nicht einmal unternommen hat, deshalb einen Beweis zu führen: so kommt es nur darauf an, ob nicht in der Natur und Beschaffenheit des Handels Gründe liegen, seine Meinung zu unterstützen.

Daß die Kaufleute geneigter seyn sollten, als andere Menschen, Bürgschaften zu übernehmen, kann wol nicht gesagt werden; vielmehr kann man voraussetzen, daß sie nur solche Verträge, wovon sie einen Vortheil erwarten, einzugehen geneigt sind.

Dagegen aber ist es gewiß, daß ohne wechselseitiges Zutrauen kein lebhaftes Handelsverkehr stattfinde, und also der gute Fortgang dieses Gewerbes von der Zuverlässigkeit der kaufmännischen Aeußerungen abhängt.

Es ist ferner gewiß, daß man von Kaufleuten, der Wichtigkeit ihrer Geschäffte ungeachtet, keine juristische Pünctlichkeit und Ausführlichkeit erwarten könne, und daß man also auch dabey mehr auf den Grund und Zweck ihrer Willenserklärung, als auf die dabey gebrauchten Ausdrücke sehen müsse; weshalb Aeußerungen, welche nicht die äußere Form einer verpflichtenden Willenserklärung an sich tragen, dennoch unter Kaufleuten dafür gehalten werden müssen, sobald nur aus der Handlung selbst die Absicht, sich zu verpflichten, mit Wahrscheinlichkeit erhellet.

Hierzu kommt noch, daß in den ältern Zeiten der Handel meistentheils auf Messen und Märkten betrieben worden, und also die kaufmännischen Angelegenheiten vor der Abreise der Fremden, mithin schleunig und summarisch, verhandelt werden mußten,

von Martens Versuch einer historischen Entwickelung des Wechselrechts, §. 3. hauptsächlich not. o.

weshalb auch sehr frühzeitig eigene Handelsgerichte unter dem Namen consules mercatorum errichtet wurden.

Idem loc. cit. pag. 51.

Es war daher sehr natürlich, daß bey diesen Gerichten, theils wegen der Personen, womit sie besetzt waren, und mit denen sie zu thun hatten, theils wegen der Eile, womit die Sachen entschieden werden mußten, theils wegen des bey dem Handel so nöthigen Vertrauens, Einwendungen, welche der Rechtsgelehrte zugelassen haben würde, verworfen, und Ausdrücke, welche, juristisch betrachtet, mehr eine bloße Behauptung, als die Uebernahme einer Verbindlichkeit in sich zu schließen schienen, dennoch als verbindlich betrachtet wurden.

Wendet man dieses besonders auf die Empfehlungen an, so mußte es unter diesen Umständen nicht selten schwer fallen, diese von der Bürgschaft zu unterscheiden. Denn das deutsche Wort, loben, mit welchem das lateinische *laudare* im Mittelalter gleiche Bedeutung hatte, hieß in alten Zeiten auch so viel, als seine Bewilligung ertheilen, und versprechen, als wovon in der Folge das Wort angeloben abgeleitet wurde.

Adelungs deutsches Wörterbuch, edit. recent. B. 2. pag. 2082.

Hierzu kommt noch, daß es auch unter Kaufleuten an Fällen nicht fehlet, wo der eine sich des Credits des andern als eines Mittels zu seinem Zwecke bedienen muß, und also hinter der Empfehlung ein Auftrag verborgen ist; ja daß oft ein Kaufmann hinterlistigerweise seinen zahlungsunfähigen Schuldner als zahlungsfähig anempfiehlet, damit dieser durch den neuen Credit in den Stand gesetzt werde, die alten Schulden abzuführen.

Wenn

Wenn daher auch in einigen alten Handlungs- und Wechselordnungen der Recommendationen als rechtlicher Handlungen gedacht wird, z. B. in den Statuten und Privilegien der universita de mercanti zu Bergamo vom Jahr 1457.

von Martens a. a. O. Beyl. pag. 27.

so kann sich dieses theils auf die vorher angeführten Fälle, oder, welches noch wahrscheinlicher ist, auf die accomenda, ein von der Empfehlung ganz verschiedenes Geschäfft, beziehen.

Ebend. a. a. O. §. 7. und Anhang S. 18. not. *

Wenn man ferner erwägt, wie leicht es ist, die Anpreisung der bestimmten Eigenschaft einer Sache mit der bestimmten Empfehlung einer gewissen Person zu verwechseln, und wie leicht der Uebergang von dem Satze:

> es giebt Willenserklärungen, welche die Form bloßer Empfehlungen, aber besonders unter Kaufleuten die Wirkung einer verbindlichen Bürgschaft haben,

zu dem Satze ist:

> unter Kaufleuten gelten Empfehlungen, besonders wenn sie bestimmt gefaßt sind, gleich Bürgschaften;

so wird man sich nicht wundern, wie besonders der letzte Satz als allgemeingültig von verschiedenen Rechtslehrern habe angenommen werden können.

Was dieser Meinung noch mehr Eingang verschaffen mußte, war der Umstand, daß das Lübische Recht diesen Satz zu bestätigen scheint.

Es ist bekannt, daß die Stadt Lübeck unter den Hanseestädten den ersten Platz einnahm, und

daß derselben Stadtrecht an vielen andern Orten gesetzliche Kraft erhielt. Nichts war daher natürlicher, als die Meinung, daß das, was das Lübische Recht in Ansehung der Empfehlungen bestimmt hat, in allen deutschen Handelsstädten, besonders aber in denen, welche zur Hanse gehörten, zur Richtschnur dienen müsse.

Nun kann zwar der Text des Lübischen Rechts an dem Orte, wo dessen Aufnahme nicht erhellet, nicht als gesetzliche Vorschrift gelten; es würde jedoch nicht unwahrscheinlich seyn, daß das Lübische Recht entweder selbst eine vorher schon bestehende kaufmännische Observanz voraussetze, oder doch vermöge seines Ansehens selbige veranlaßt habe. Allein bey einer nähern Prüfung findet es sich, daß auch dieses Gesetz die rechtliche Wirkung der Bürgschaft den bloßen Empfehlungen unter Kaufleuten nicht zuschreibe. Schon die Ueberschrift des Art. I. Tit. X. lib. XIII. giebt dieses zu erkennen. Denn sie lautet so:

Von Befehlung, welche Rathsweise geschieht.

Das Wort: Befehlung, ist offenbar die Uebersetzung des Wortes: mandatum, weshalb auch die lateinische Uebersetzung dieser Ueberschrift de mandato consilii lautet.

Offenbar wird hierbey ein wahres mandatum, welches aber hinter der Form eines guten Raths versteckt worden, vorausgesetzt. Der Inhalt selbst aber ist mehr auf einen betrügerischen Rath (consilium dolosum), als auf ein mandatum gerichtet. Denn er lautet, wie folget:

Will jemand einem Fremden sein Guth nicht verkaufen, und ein anderer steht dabey, und saget:

saget: ihr möget es ihm wohl vertrauen, die Bezahlung wird euch wohl. Wird der Verkäufer von dem Käufer nicht bezahlt, so muß derjenige zahlen, welcher den Fremden loben thät, wodurch der Verkaufer verführet worden.

Da die Ueberschrift dem Inhalte des Artikels nicht ganz gemäß ist, so entsteht die Frage: ob dieser nicht aus jener zu erklären sey?

Dies muß zwar selbst nach dem, was Mevius ad Jus Lubecense

in Proleg. Qu. X. no. 24.

sagt, auch in Ansehung des Lübischen Rechts geschehen; allein mit Recht füget eben dieser Rechtslehrer

ibid. no. 25.

hinzu, daß dem, was der Inhalt bestimmter angiebt, die Ueberschrift nicht entgegenstehe. Der Text selbst redet von einem Waaren-Credit, welcher einem Fremden anfangs versagt, demselben aber auf zudringliche Versicherung eines Dritten, daß der Fremde sicher sey, endlich zugestanden wurde.

Es wird also hierbey ein Fall angenommen, wo der Verlust ohne die Dazwischenkunft des Empfehlenden nicht entstanden wäre, und dieser sich als solcher selbst in verführerischen Ausdrücken aufgedrungen hatte.

Nach der vom Mevius beygefügten lateinischen Uebersetzung dieses Artikels würde ein Betrug vorausgesetzt werden müssen; denn es heißt:

qui peregrinum commendavit, ut inde venditor induceretur.

Allein obgleich auf den Fall des Betrugs mit Rücksicht genommen worden ist, so zeigen doch die Worte:

welcher den Fremden loben thät, dadurch der Verkaufer verführet worden,

daß nicht nothwendig ein Betrug vorausgesetzt wird, und die Ueberschrift des Artikels giebt zu erkennen, daß auch auf den Fall, wenn jemand zu seinem eigenen Zwecke den Rath ertheilt hat, und wo also ein Mandatum zum Grunde liegt, Rücksicht genommen worden.

Alles wohl erwogen, wird es daher wahrscheinlich, daß das Lübische Recht, welches, wie Mevius a. a. O. Qu. Prael. 1. no. 43.

sehr wohl anerkennt, nicht auf einmal entstanden, sondern aus dem, was vorher Rechtens war, zusammengesetzt worden, das gemeine Recht, nach welchem das in der Form einer Empfehlung ertheilte mandatum und der betrügerische Rath den Empfehlenden verpflichten, zum Grunde gelegt, und weiter nichts hinzugefügt habe, als die Bestimmung eines besondern Falles, in welchem einer oder der andere der vorher erwähnten beiden Verpflichtungs-Gründe mit Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt werden kann.

Es könnte zwar scheinen, als ob noch einige neue Gesetze und Verordnungen die Verbindlichkeit der kaufmännischen Empfehlungen anerkannt hätten. Dahin gehöret besonders das allgemeine Preußische Landrecht,

P. II. Tit. VIII. §. 704.

Allein da das Preußische Gesetzbuch viele neue Verordnungen enthält, welche die Aufrechthaltung des Credits

Credits zum Zwecke haben; so kann daraus auf die Existenz einer vorhergehenden allgemeinen kaufmännischen Observanz mit Sicherheit nicht geschlossen werden.

Bey dieser Lage der Sache bleibt also nichts übrig, als auf die Grundsätze des gemeinen Rechts, welche diese Frage betreffen, zurückzugehen.

Zuerst fällt der Unterschied zwischen einer bloßen Behauptung und einer Willenserklärung, wodurch eine Verbindlichkeit übernommen werden soll, in die Augen.

Jeder muß in der Regel die Wahrheit selbst suchen und prüfen, und man kann dadurch, daß man andern ähnliche Irrthümer Schuld giebt, und behauptet, daß man durch sie zum Irrthum verleitet worden, die schädlichen Folgen des Irrthums nicht abwenden. Nur der, welcher die Verbindlichkeit hat, gewisse Eigenschaften der Sache zu gewähren, wird wegen des Irrthums verantwortlich, welchen er dieserhalb bey denen veranlaßt oder unterhalten hat, welchen er in Ansehung dieses Gegenstandes, es sey durch Vertrag, oder sonst, besonders verpflichtet war. Daher macht sich der verbindlich, welcher den andern in Ansehung der Sache, die er ihm durch einen lästigen Vertrag überläßt, in einem ihm nachtheiligen Irrthum bestärkt. Aber eben deswegen kann das, was die Gesetze bey Sachen über die Pflicht zur Gewährsleistung verordnen, auf die bloßen Empfehlungen nicht ausgedehnet werden. Denn diese enthalten eine bloße Aeußerung, daß man diese oder jene Meinung von einer gewissen Person habe, und daß man wünsche, der andere möchte eben dieser Meinung beytreten. Dieses Verhältniß wird auch durch die hinzugefügte Bitte nicht verändert, wenn es auch

schon richtig ist, daß die einem andern Geschäffte, z. B. dem mandato, aus Höflichkeit hinzugefügte Bitte dem Geschäffte selbst keine andere Natur mittheile.

Nur in den Fällen, wo Personen als Sachen behandelt werden, wie z. B. bey Knechten, und überhaupt überall, wo eine redliche Verbindlichkeit existiret, gewisse Eigenschaften der Personen und Sachen zu gewähren, kann die Behauptung, daß die Sache oder Person gewisse Eigenschaften, die sie wirklich nicht hat, auch außer dem Falle der bösen Absicht, eine rechtliche Verbindlichkeit hervorbringen.

Aber eben deswegen lassen sich auch die aus dem edicto Aedilitio genommenen Vorschriften hier nicht anwenden. Es hat daher keinen Einfluß auf die gegenwärtige Streitsache, wenn Ulpian L. 19. pr. de Aedilitio edicto sagt:

> Sciendum est, quaedam, etsi dixerit, praestare eum non debere, quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti si dixerit frugi, probum, dicto audientem.

Ohne Grund hat man hieraus den Unterschied zwischen commendationibus generalibus et specialibus gefolgert, und die letztern als verbindlich ausgehoben.

Denn hier kommt die Person als Sache vor, und es wird dabey ein lästiger Vertrag vorausgesetzt. Hierzu kommt noch, daß auch in diesem Gesetze einer ausdrücklichen Anpreisung einiger bestimmten Eigenschaften gedacht wird, und daß hier die Gewährsleistung blos deswegen wegfällt, weil hier von bloßen Gemüthseigenschaften, welche auf den Körper wenig Einfluß haben, und dessen Gebrauch

brauch nicht hindern, und noch obenein nur von solchen die Rede ist, welche dem Grade nach sehr verschieden sind, und also nicht amare exigiret werden dürfen.

L. 18. p. D. aedilit. edict.

Wenn aber auch dieses alles nicht angewendet werden könnte, so würde doch der im Gesetz selbst angeführte Grund genügen, wo es heißt:

ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit, quod dixit.

Man siehet hieraus, daß selbst bey Verträgen, wo gewisse Eigenschaften der Person und Sache gewährt werden müssen, dennoch wohl zu unterscheiden ist, ob jemand den Gegenstand des Vertrags blos gelobt, oder eine Verbindlichkeit, die gelobte Eigenschaft zu gewähren, übernommen habe.

Außer dem Fall also, wo dolus, oder die Verordnung des Edicti aedilitii, oder sonst ein besonderer Vertrag den Empfehlenden verantwortlich macht, kann die Empfehlung nur, wenn sie ein mandatum enthält, eine rechtliche Wirkung hervorbringen.

Nun wird aber in den römischen Gesetzen, besonders in Lege 12. §. 12. D. mandati, commendare et mandare deutlich unterschieden. Denn es heißt:

Cum quidam talem epistolam scripsisset amico suo: Rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum, non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis, quam mandandi causa scripta est.

Vergebens pflegt man dagegen einzuwenden, daß dieses Gesetz nur von einer allgemeinen Empfehlung rede.

rede. Aber man bedenkt alsdenn nicht, daß in eben dieser Gesetzstelle der Grund der Entscheidung hinzugefügt, und dieser nicht in den Unterschied zwischen einer allgemeinen und speciellen Empfehlung, sondern darein gesetzt worden, daß eine Empfehlung kein Auftrag sey.

Noch mehr wird die Sache durch das, was L. 7. §. 10. de dolo malo vorkommt, außer Zweifel gesetzt. Es heißt nemlich so:

> Idem Pomponius refert: Caecidianum Praetorem non dedisse de dolo actionem adversum eum, qui adfirmaverat: idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur.

Hier ist ganz insbesondere von der Zahlungsfähigkeit die Rede, und es läßt sich also nicht behaupten, daß hier nur eine allgemeine Empfehlung obwalte.

Nun könnte man zwar vielleicht aus dem Anfange eben dieser legis 7. folgern, daß hier nur die actio doli verweigert werde, weil eine andere Klage vorhanden sey.

Allein einestheils wird hier der Entscheidungsgrund hinzugefügt:

> quod verum est, nam, nisi ex magna et evidenti calliditate, non debet de dolo actio dari;

welches nach den Umständen nichts anders heißen kann, als:

> obgleich solche Empfehlung oft betrüglich gegeben wird, so muß doch an der betrügerischen Absicht gar nicht gezweifelt werden können, wenn actio doli stattfinden soll.

Anderntheils aber würde auch keine andere schickliche Klage, als actio mandati gedacht werden können,

und

und dadurch würde eben der Satz bestätiget, daß die Empfehlung nur in sofern verantwortlich mache, als damit ein Betrug oder ein Auftrag verbunden ist. Dieser Satz wird durch L. 7. C. mandati nicht widerlegt, sondern vielmehr bestätiget, wenn es heißt:

> Si litteras ejus secutus, qui pecuniae actor (auctor) fuerit, et qui tibi literas tradidit, credidisti: tam condictio adversus eum, qui a te mutuam sumpsit pecuniam, quam adversus eum, cujus mandatum secutus es, mandati actio tibi competit.

Man mag nun in der angeführten Stelle actor oder auctor lesen, so geben die Worte:

> cujus mandatum secutus es,

dennoch zu erkennen, daß hier ein mandatum zum Grunde liege; ein mandatum ist aber von einem consilio so merklich unterschieden, daß dieser Unterschied wol dadurch nicht gehoben werden kann, wenn man beide Wörter zusammensetzt, und sich des Ausdrucks: mandatum consilii, bedient.

Nimmt man die bisher vorgetragenen Gründe zusammen, so ist klar, daß die bloße Empfehlung, als solche, sie mag im Allgemeinen geschehen, oder sich auf besondere Umstände und Eigenschaften beziehen, nie rechtliche Verbindlichkeit wirke, und daß diese Regel auch unter Kaufleuten keine Ausnahme, aber wol den Zusatz leide, daß, da die Kaufleute sich weniger als andere mit zwecklosen Aeußerungen abzugeben, sich aber selbst bey ihren rechtlichen Geschäfften der juristischen Förmlichkeiten zu enthalten pflegen, bey ihren Aeußerungen leichter als in andern Fällen die Absicht, ein rechtliches Geschäfft einzugehen, vorausgesetzt wird.

Aus eben diesen Gründen erhellet zwar, daß jede Aeußerung, welche die Absicht, für eine fremde Schuld zu haften, zu erkennen giebt, wenn man sich auch dabey der kunstmäßigen Ausdrücke nicht bedient haben sollte, besonders unter Kaufleuten einer Intercession gleich zu achten sey; aber nimmermehr läßt sich daraus die Folge ziehen, daß eine bloße Empfehlung, so bestimmt sie immer seyn mag, unter Kaufleuten die Wirkung einer Bürgschaft habe. Eher wird man in solchem Falle ein mandatum als eine Bürgschaft voraussetzen können; und so gewiß es auch ist, daß Kaufleute sich nicht leicht in leere Geschwätze und absichtslose Schreibereyen einlassen; so ist es doch eben so gewiß, daß ihnen oft der Eigennutz die Gefälligkeit zur Pflicht mache, und daß sie mancherley Ursache haben können, eine ihnen nützliche oder mit ihren sogenannten Freunden in Verbindung stehende Person andern zu empfehlen. Wenn jedoch ein Kaufmann dem andern ungefragt eine Person empfiehlt, und ihn ersucht, ihr Credit zu geben; so entsteht keine geringe Vermuthung, daß hierbey ein mandatum zum Grunde liege, und der Ersuchte zum mandatario des Bittenden bestellet worden, um dem Empfohlnen statt des Empfehlenden Vorschüsse an Geld oder Waare zu thun. Daher sind die eigentlichen Creditbriefe von den bloßen Empfehlungen wohl zu unterscheiden. Dieser Unterschied ist es auch, welcher in verschiedenen Handelsgesetzen ausdrücklich gemacht wird, z. B.

in den Spanischen Wechselgesetzen, besonders für San Sebastian, Cap. 13. art. XI. in Martens vorher angeführtem Versuch p. 213. des Anhangs.

Wendet man nun alles, was bisher vorgekommen ist, auf den gegenwärtigen Fall an, so scheint zwar

der

der Brief des Beklagten vom 5ten May 1794. selbst mehr einer Fürbitte, als einem Auftrage oder einer Bürgschaft zu gleichen. Auch ist hier nicht einmal der Fall des Lübischen Rechts vorhanden, wo ein Unbekannter gelobt wird, vielmehr befinden sich die Kläger und der Empfohlne zusammen an einem Orte, und das Gesuch des Empfehlenden geht dahin, daß Kläger dem Kinderling ihr voriges Vertrauen wieder schenken möchten. Allein dieser Brief enthält doch die bestimmte Aeußerung, daß Beklagter bereit sey, für den Kinderling zu bezahlen, und in der Anlage des Briefs heißt es ausdrücklich:

> ich melde dieses, damit Dieselben dieserwegen ruhig seyn können, denn ich werde jetzt alle Wechsel von Herrn Kinderling acceptiren und bezahlen.

Hier ist ein Versprechen des Beklagten, die auf ihn gezogenen Wechsel zu bezahlen, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Acceptation derselben auch stillschweigend durch wirkliche Beziehung der Wechsel auf Beklagten geschehen konnte.

Es kommt also nur noch auf die Entscheidung der Frage an:

> ob die aus dem vorhergedachten Versprechen entstandene Verbindlichkeit am 13 Jan. 1795. noch vorhanden gewesen sey, oder was sonst der gegenseitigen Forderung entgegenstehe.

Vergebens wendet zwar Beklagter ein, daß die Aeußerung:

> ich werde jetzt alle Wechsel bezahlen,

hinlänglich zu erkennen gebe, daß er es in der Folge nicht thun wollen.

Denn

Denn das Wort: jetzt, ist dem, was vorher geschehen ist, entgegengesetzt, und Beklagter wollte damit soviel sagen, er werde jetzt nicht mehr, wie sonst, die Annahme der Wechsel versagen.

Allein eben so wenig kann angenommen werden, daß Beklagter diese Verbindlichkeit für alle folgende Zeiten übernommen habe. Als daher in der Folge Wechsel auf Beklagten gezogen, und von diesem mit Protest zurückgeschickt worden, so war dieses eine deutliche Erklärung, daß Beklagter nicht ferner dergleichen Wechsel annehmen wollte. Ja Kläger haben dadurch, daß sie bey verweigerter Acceptation sich lediglich an den Kinderling, und nicht an den Beklagten gehalten, sich selbst aus dem Besitze des Rechts gesetzet, zu fordern, daß Beklagter dessen Wechsel annehmen müsse. Selbst in denjenigen Landen, wo, wie in dem Preußischen, den kaufmännischen Empfehlungen eine größere Wirksamkeit zugeschrieben wird, als anderwärts, wird dennoch angenommen, daß diese Wirkung sich nur auf diejenigen Geschäffte erstrecke, welche unmittelbar nach der Empfehlung mit dem Empfohlnen geschlossen worden.

Allgem. Preuß. Landrecht, P. II. T. VIII. §. 708.

und im §. 709. wird hinzugefügt:

Hat der Beschädigte in der Zwischenzeit Gelegenheit gehabt, von den Vermögensumständen oder dem Character des Empfohlnen sich selbst zu überzeugen: so fällt die Vertretung hinweg.

Ob nun gleich dieses sich blos auf die Empfehlungen bezieht, so sieht man doch daraus, welche einschränkende Erklärungen solchen Aeußerungen selbst von denjenigen Gesetzgebern beygelegt worden, welche

übri-

übrigens die Empfehlenden mit einer besondern Strenge behandeln. Auch diejenigen Gesetze, welche, wie die spanischen,

a. a. O. art. 13. p. 215. art. 10. p. 171.

besondere Verfügungen über die Creditbriefe enthalten, pflegen zugleich zu verordnen, daß die Summe, worauf der Credit zu ertheilen ist, bestimmt werden soll. Selbst diejenigen Gesetze, welche, wie

das Preuß. allgem. Landrecht P. I. Tit. 14. §. 218.

hierin strenger sind, nehmen doch den Fall aus, wenn der Creditgebende sich mit dem Schuldner eines Verständnisses zum Mißbrauch des von dem erstern in letztern gesetzten Vertrauens schuldig gemacht hat. Und dieses ist auch in der Natur der Sache gegründet, weil alsdenn dem Kläger exceptio doli entgegensteht. Dieses tritt hier ebenfalls ein.

Kläger und der Empfohlne hielten sich mit einander in Einem Orte auf, und jene konnten besser wissen, als der abwesende Beklagte, wie seine Umstände beschaffen waren, auch wußten sie bereits, daß Beklagter sich jetzt weigere, die auf ihn gezogenen Wechsel anzunehmen.

Wenn man auch hierbey nicht auf die Zeit des dieserhalb am 13 Jan. 1795. erlassenen Briefes, sondern des Wechsels vom 6 Jan. 1795. sieht, so ist es doch auffallend, daß Kinderling in seinem unter dem 19 Jan. 1795. erlassenen Briefe nicht nur der seinen Gläubigern angebotenen, sondern auch von einigen bereits angenommenen 15 pro Cent erwähnet.

Da nun, wie der Kinderlingische Brief vom 19ten Jan. 1795. zeigt, die gedachte Tratte nicht

wegen irgend eines Handlungsgeschäffts, sondern auf Andringen des Schatzeinnehmers Weinhagen geschah, so läßt es sich schwer glauben, daß Kläger zu der Zeit von der noch in demselben Monate ausgebrochenen Insolvenz des Kinderlings keine Wissenschaft gehabt haben.

Weil auch die exceptio doli wegen der weniger schlimmen Folge für den Gegentheil eines weniger strengen Beweises bedarf, so durfte man kein Bedenken tragen, aus den vorher angeführten Umständen die Statthaftigkeit dieses Einwandes herzuleiten. Wenn man aber auch auf diesen Einwand gar nicht achten wollte, so würde es doch zu Abweisung der Kläger schon hinreichen, daß diese, nachdem bereits einige Wechsel von dem Beklagten mit Protest zurückgekommen, ohne nähere Anfrage fernere Wechsel von ihm angenommen haben.

Da nun also das vorige Erkenntniß wiederhergestellt werden müssen, und die Vergleichung der Kosten eine Folge dieser Abänderung ist:

So hat überall, wie im Urtheile geschehen ist, erkannt werden müssen.

XVI.

1) Das Abzugs- und Abschoßrecht entstand vermuthlich aus dem Rechte des Grundeigenthums und der Leibeigenschaft, und wurde weiter ausgedehnt, als sich der Begriff der Patrimonial-Gerichtsbarkeit aus dem Rechte der Herrschaft zu entwickeln anfing.

2) Gewiß ist es, daß Gerichtsbarkeit und Abschoßrecht in keiner nothwendigen Verbindung stehn, wenn es auch jetzt nicht mehr als ein bloßer Ausfluß des Grundeigenthums oder der herrschaftlichen Rechte betrachtet werden kann.

3) Betrachtet man es als einen bloßen Ausfluß des Besteurungsrechts, so gewährt es ebenfalls keine rechtliche Bestimmung seines Umfangs.

4) Sein Umfang wird hauptsächlich durch Privilegien und rechtliche Gewohnheit bestimmt.

5) Wo diese nicht auszumitteln ist, muß man auf den Begriff dieses Rechts selbst zurückgehen.

6) Das Abzugsrecht im weitern Sinne besteht in der Befugniß, von der außer Landes gehenden Vermögens-Substanz einen gewissen Antheil zurückzubehalten.

7) Das Abzugsrecht trifft immer einen Fremden, d. i. den, welcher entweder schon jetzt seinen Wohnsitz außer Landes hat (gabella haereditatis), oder den, welcher seinen Wohnsitz dorthin verlegen will (gabella emigrationis).

8) Vermehrung der Wohnsitze ist keine Veränderung des Wohnsitzes.

9) Es kann aber auch die bloße Beybehaltung des fori rei sitae in der Regel nicht der Beybehaltung eines Wohnsitzes gleichgeachtet werden.

10) Die bloße Beybehaltung eines Grundstücks, worauf kein Wohnsitz ist, kann daher nicht als Beybehaltung des Wohnsitzes und als Grund zur Ausnahme vom Abzugsrechte betrachtet werden.

11) Auch die bloße Beybehaltung eines Gutes, worauf sich ein Wohnsitz befindet, kann diese rechtliche Folge nicht haben, sobald die Absicht, von diesem Wohnsitze keinen Gebrauch zu machen, erhellet.

12) Der Adel allein begründet die Ausnahme vom landesherrlichen Abschoßrechte nicht.

13) Es ist auch nicht richtig, daß die gabella haereditatis mehr unter die odiosa gehöre, als die gabella emigrationis.

14) Nur die Substanz des Vermögens, welches außer Landes gebracht wird, ist dem Abschoß- oder Abzugsrechte unterworfen.

15) Nicht die Einkünfte und Rechte der im Lande bleibenden Vermögens-Substanz.

16) Auch die Verpflegungsgelder nicht.

17) Wol aber die Mobilien, welche außer Landes gehen.

18) Diejenige Erbschafts-Substanz, welche unter einheimischer Verwaltung im Lande bleibt, ist, so lange dies geschieht, von der gabella haereditatis frey.

19) Das im Lande befindliche, obschon außer Landes erworbene Vermögen, ist dem Abschosse unterworfen.

Nach Cöthen an die Regierung. Als die Herren uns erhobene Leuterung, deren Fortsetzung und übrige rechtliche Verhandlungen in Sachen der Testaments- und Allodial-Erben des verstorbenen Herrn Geheimen Staatsministers Conrad Friedrich Ludwig v. Wülknitz, namentlich der Fräulein Louise Friderike von Wülknitz, und Frauen Stephania Theodora Ottilia

von

von Borßele, gebohrner von Wülknitz, Leuterantinnen an einem, wider den Procuratorem Camerae, den Auditeur Herrn August Wilhelm Biedermann, Leuteraten am andern Theile, in dreyen anbey zurückkommenden Actenbänden zugesendet ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Partenen Einbringen zu befinden, daß zuvörderst der leuterantische Mandatarius binnen vier Wochen sich zu diesen Acten zu legitimiren gehalten; was aber die Hauptsache betrifft, so sind die am 25 May und 5 Jun. 1796. ergangenen Verordnungen dahin zu ändern, daß Leuterantinnen nur von derjenigen von Wülknitzischen Vermögens-Substanz, welche wirklich aus dem Lande gebracht werden soll, das Abzugsgeld, zu zehen vom Hundert gerechnet, zu erlegen schuldig; jedoch die Einkünfte der Grundstücke, welche sie innerhalb Landes besitzen, imgleichen die Capitalien und andere nutzbare Rechte, mit dem Abzuge zu verschonen, die Erbschafts-Capitalien aber erst alsdann, wenn sie künftig aus dem Lande gezogen werden sollten, mit gedachtem Abzuge zu belegen; der Abzug aber, ohne Unterschied, ob das Vermögen innerhalb Landes oder außer demselben erworben sey, zu berechnen. Auch werden Leuterantinnen durch den Besitz eines Grundstücks, Fideicommisses, oder andern dinglichen Rechts, von der Schuldigkeit, den Abzug zu entrichten, nicht befreyet. Es wird aber beiden Theilen binnen Ordnungsfrist der Beweis, daß bisher in den Anhalt-Cöthenschen Landen bey ähnlichen Fällen ein anderes ununterbrochen gleichförmig erkannt worden, nachgelassen; auch bleibt dagegen dem andern Theile der Gegenbeweis binnen gleicher Frist, und beiden Theilen die Eidesdelation und jede andere rechtliche Nothdurft vorbehalten. Der auf die Einkünfte

der Leuterantinnen gelegte Arrest ist aufzuheben; es hat aber bey dem, welcher auf die Vermögens-Substanz selbst angelegt worden, sein Bewenden, so weit selbige dem Abzugsrechte unterworfen, und das Abzugsgeld davon rückständig ist. Dagegen sind in Ansehung der auswärtigen Vermächtnisse, sowohl wegen des Abzugs, als des künftigen Anfalls an die Leuteranten und deren Erben, die Veranstaltungen so zu treffen, daß denselben ihre Rechte darauf unverkürzt bleiben. Die bisher aufgelaufenen Kosten werden aus bewegenden Ursachen gegen einander verglichen und aufgehoben. Von Rechts wegen.

Entscheidungsgründe.

Der am 25 December 1795. auf seinem im Fürstenthum Anhalt-Cöthen gelegenen schriftsässigen Mannlehn-Rittersitze Renisdorf verstorbene landgräflich Hessen-Casselsche Geheime Staatsminister Conrad Friedrich Ludwig von Wülknitz hatte in seinem für gültig anerkannten Testamente seine drey in Haag befindliche Nichten, namentlich 1) Frau Stephania Theodora Ottilia v. Borßele, gebohrne von Wülknitz; 2) Fräulein Louise Friderike von Wülknitz, und 3) Fräulein Johanne Auguste Herbertine Friderike von Wülknitz, zu Erben eingesetzt, aber unter folgenden Einschränkungen:

Im §. 1. gedachten Testaments verordnet er, daß sie und deren sämtliche etwanige Leibeserben das ganze bey dem Gute Renisdorf befindliche Allodium, imgleichen alle seine daselbst befindliche Meublen, haben, auch in den lebenslänglichen Genuß der Einkünfte seines Vermögens gesetzt werden sollen, wobey

wobey er eine der andern, wenn sie ohne Leibeserben versterben sollte, substituiret.

Hierauf verordnet er im §. 2. folgendes:

der Nießbrauch meines eigenen baaren Vermögens und der davon fallenden Einkünfte bleibt den zwey erstern meiner eingesetzten Erbinnen einzig und allein überlassen, und ich bestimme hierdurch der genannten dritten meiner Erbinnen blos ein jährliches lebenslängliches Einkommen von vierhundert Thaler, welches aber nach ihrem Ableben zur Hauptmasse zurückfallen soll.

Die zuletzt erwähnten 400 Rthlr. werden im Codicill auf eine jährliche Summe von 800 Rthlr. vermehrt.

Im §. 3. setzt er folgendes fest:

mein eigenes erworbenes Vermögen soll von einem redlichen Manne, der hinlängliche Caution stellet, und jährlich an einem von meinen Nichten dazu bevollmächtigten richtige Rechnung darüber ablegt, wozu ich den Herrn Bürgermeister Lezius in Zerbst, meinen bisherigen Gerichtshalter und Administrator meiner Einkünfte, vorschlage, gegen ein jährliches Salarium von zweyhundert Reichsthaler so lange administriret, bis entweder eheliche Leibeserben erfolgen, und bey ihrem Ableben vorhanden, oder aber beide mit Tode abgegangen, und sodann an seine hiernächst folgende weitere Bestimmung abgegeben werden.

Im §. 4. und 5. vermacht er das Gut Edderitz der Louise Friderike von Wülknitz in folgender Art:

ich will und verordne ferner, daß meine Niece Louise Friederike von Wülknitz das von mir acquirirte Rittergut Edderitz, nebst den auch

neuerlich angekauften zu Kösseln und Trebichau belegenen zwey Wiesen, privative in Besitz bekommen, und davon alleinig auf ihre Lebenszeit die Einkünfte genießen sollen: falls dieselbe aber ohne eheliche Leibeserben mit Tode abgienge, auf welches Ereigniß meine älteste Nichte, die Frau von Borßele, derselben in dem Genuß der Einkünfte des Guts Edderitz substituire, und wann auch letztere keine eheliche Leibeserben hinterließe, alsdann soll dieses Rittergut mit seinen Zubehörungen und vorbesagten Wiesen demjenigen, der alsdann der älteste von den ehelichen männlichen Leibeserben der verstorbenen beiden Gebrüdere Carl Friedrich Ludwig und Johann George Casimir von Wülknitz seyn wird, als Eigenthum zufallen, damit die Wülknitzische Familie, die seit einigen Jahrhunderten im Fürstenthum Anhalt-Cöthen floriret, sich wiederum daselbst standesmäßig etabliren kann.

In der Folge werden noch ansehnliche Vermächtnisse, besonders für die reformirten Prediger, welche unter dem evangelischen Consistorio zu Wien stehen, und für die Armen verschiedener auswärtigen Orte, ausgesetzt.

Im §. 17. wird folgendes hinzugefügt:

Werden dann meine instituirte Erbinnen nach Gottes Verhängniß ohne eheliche Leibeserben versterben, so will weiteres, und in Erwegung, daß mich Gott ganz unverdienter Weise mit beträchtlichem Vermögen gesegnet hat, und ich außer meines sel. Bruders ohnbeerbten Töchtern keine nahe Verwandte hinterlasse, und in dankbarem Gefühl der empfangenen Wohlthaten nach Ableben meiner beiden ältesten mehrer-

erwähnten Nichten meinen übrigen Nachlaß an Capitalien, so nach meinem Tode sich aufgezeichnet finden werden, wohin auch das von mir angekaufte Crüchernsche Allodium, Inhalts des zwischen mir und meinem Herrn Vetter, dem Fürstbischöflich Würzburgischen Kammerherrn August Ludwig von Wülknitz, sub dato Renisdorf und Crüchern den 23 Oct. 1787. errichteten Vergleichs, gehöret, imgleichen das baare Geld, welches samt und sonders von dem angestellten Administratore getreulich zu notiren ist, zum Besten der Armen in hiesigen Anhalt-Cöthenschen Landen bis auf sechstausend Thaler, worüber der letztlebenden meiner beiden ältesten und ohne Leibeserben verstorbenen Nichten die freye Disposition zustehet, angewandt wissen. In diesem mir höchst angelegenen Endzweck denn ersuche das Fürstl. Consistorium zu Cöthen hierdurch bestens, daß Selbiges mit Zuziehung des Cöthenschen reformirten Ministerii den jährlichen Zins-Ertrag von sämtlichen Capitalien, so wie sie nach dem Tode meiner beiden ältesten Nichten von dem L. als dem angestellten Administratore und Bevollmächtigten werden verzeichnet und angegeben werden, besonders zur Unterstützung derjenigen Armen höhern Standes, die sich des Bittens um Almosen schämen müssen, und zwar in verhältnißmäßigen Portionen zu 50 Rthlr. bis 100 Rthlr., und das übrige unter die wirklich Hülfsbedürftigen niedern Standes, besonders langwierige Kranke, angewendet und vertheilet werde. Ich enthalte mich doch einer nähern Bestimmung über die künftige eigentliche Administra-

tion dieser Armenstiftung, und welche Remuneration etwa dem oder denen künftigen Rechnungsführern für ihre Bemühung auszusetzen seyn möchte, in dem bestgegründeten Vertrauen, daß sämtliche Herren Administratoren den das Wohl der Armen lediglich beziehenden Endzweck dabey jederzeit zum ersten und hauptsächlichsten Fundament ihrer diesfallsigen Maaßnehmungen machen werden.

Hierauf folgen noch außerdem Vermächtnisse an Verwandte.

Im Codicill wird §. 1. bemerkt, daß 8000 Rthlr., welche daselbst näher beschrieben werden, von demjenigen Vermögen, wovon die Erbinnen blos den Nießbrauch auf Zeitlebens haben, ausgenommen und ihnen verabfolgt werden sollen.

Im §. 2. wird die Succession in das Gut Edderitz näher bestimmt, und im §. 3. hinzugefügt:

Ich declarire ferner noch ausdrücklich, daß, wenn eine meiner beiden ältesten Nichten einen oder mehrere Leibeserben hinter sich läßt, dieser oder diese mein gesammtes Vermögen erb- und eigenthümlich haben, hinnehmen und behalten, und freye uneingeschränkte Disposition darüber haben, und sodann die auf gegenseitigen Fall bestimmten Vermächtnisse bis auf die §. 7. 8. 9. und 10. wegfallen sollen.

Im §. 7. des Codicills wird wegen der Verwaltung des Vermögens näher bestimmt:

Da durch Erfahrung belehrt worden bin, wie leicht und aus unreinen Absichten Capitalien verlohren gehen, an deren Erhaltung mir so sehr gelegen ist, und ich von frommen Gesinnungen meiner Nichten überzeugt bin, daß Sie nach ihrem unbeerbten Fall meinen Nachlaß

laß an Capitalien dem Armuth in meinem Vaterland, vorzüglich in Rücksicht der von ursern Vorältern seit vielen Jahrhunderten in selbigem stets genossenen Wohlthaten, von Herzen gönnen werden, Sie aber ihren Wohnsitz aus Holland nicht verlassen dürften, mithin sich selbst damit nicht abgeben können, und es also desto nothwendiger seyn will, alle menschmögliche Vorsicht anzuwenden, welche meine Nichten gewiß billigen, auch erforderlichen Falls sich selbst noch zu zweckmäßigern Vorkehrungen entschließen werden, ist demnach mein ernster Wille, daß

a) Sie, meine Nichten, zu Administratoren und Bevollmächtigten geprüfte, treue, rechtschaffene und vermögende, die, wenn selbige sich etwas zu Schulden kommen lassen, dafür haften können, jederzeit zu erwählen haben;

b) die mit Zuziehung des Bevollmächtigten gleich nach meinem Tode zu machende Specification meiner hinterlassenen Capitalien und Baarschaften, so wie meinen Nichten, so auch dem Fürstl. Consistorio zu Cöthen und dem dasigen reformirten Ministerio, indem die substituirten Armen dabey wesentlich mit interessiret sind, förderamst zuzustellen sey;

c) die vom Administratore darüber zu verfertigende Jahrsrechnung an den Bevollmächtigten, in Beyseyn des zeitigen Herrn Superintendenten, oder in dessen Ermangelung, eines Membri des Cöthenschen reformirten Ministerii zu gehöriger Zeit abzulegen, und Ersteren

jedes-

jedesmalen ein Exemplar davon einzuhändigen sey.

Hierauf werden noch einige andere Bestimmungen unter den Buchstaben d. bis h. hinzugefügt, welche keinen Einfluß auf die Entscheidung dieser Sache haben.

Als sich die eingesetzten Erbinnen zu dieser Erbschaft meldeten, diese aber wegen des dem Landesherrn gebührenden Abschosses in Anspruch genommen wurden, erklärte sich derselben Bevollmächtigter zum Protocoll vom 20sten May 1796. folgendergestalt:

daß die Frau von Borßele und Fräulein Johanne Auguste Herbertine von Wülknitz in Haag bereit wären, den landesordnungsmäßigen Abzug von ihrem Antheil an Mobilien und Praelegatis, einschließlich des Herrn Baron von Borßele Legats, nach Abzug der an Fremde kommenden Legata und der Heergeräths-Stücke, sogleich ohne Anstand zu entrichten, sobald die intendirte Auction der Meubles beendiget wäre, und für dessen Entrichtung mit ihrem bereitesten Vermögen haften wollten. Was aber die Fräulein Friederike Louise von Wülknitz beträfe, so hielte sich dieselbe nicht für verbunden, den Abzug zu entrichten, weil selbige mit dem Gut Edderitz ansässig bleibe, und daher als Fremde nicht anzusehen wäre, weshalb er sich deshalb competentia vorbehalten, und um Verschonung mit Abzug bitten müsse.

Hierauf wurde unter dem 25sten May 1796. verordnet:

ohne Ausnahme von der ganzen Masse an baaren Geldern, Consensen, Obligationen, taxirtem

tem Werth des ganzen Nachlasses, und was sonst dahin gehörig seyn möchte, den schuldigen und bereits abzutragen erbotenen Abzug à Zehen pro Cent des förderſamsten baar zu berichtigen, und ehe solches nicht geschehen, der am 20sten dieses Monats eröffneten commissarischen Weisung und Commination gemäß zu handeln, diesemnach sich an den Effecten nicht zu vergreifen.

Dagegen protestirten die Erbinnen mit angehängter eventuellen Leuterung. Es erfolgte aber unter dem 5ten Jun. 1796. eine abschlägliche Antwort an den Mandatarium der Erbinnen, dahin:

daß, seines unerheblichen Anbringens und gemachter Mißdeutung ohngeachtet, es bey dem in Gefolge der gnädigsten Resolution und Regierungs-Decrets erlassenen commissarischen Rescripte dergestalt sein Verbleiben habe, daß der ordnungsmäßige Abzug von defuncti Testatoris hinterlassenem sämtlichen Mobiliar-Vermögen, Baarschaften, Capitalien, worüber demselben nach Vorschrift des Testaments bereits unterm 2ten May a. c. die Documenta ausgeantwortet und übergeben worden, imgleichen von den rückständigen Gaben, Pachten, Zinsen und andern Effecten, sowohl von den für fremde abzugspflichtige Legatarios bestimmten Vermächtnissen zu entrichten sey; indessen ist an die Commission rescribiret, demselben die quaest. Mobilien und Effecten zu deren vorhabenden Versilberung, unter der Bedingung, daß von der Loosung der ordnungsmäßige Abzug entrichtet werde, auszuliefern.

Das dagegen von den Erbinnen ergriffene Rechtsmittel der Leuterung enthält folgende Beschwerden:

1) daß

1) daß der Abzug so, wie geschehen, bestimmet;
2) daß die Effecten und Mobilien zu der vorhabenden Versilberung unter der Bedingung, daß von der Loosung der ordnungsmäßige Abzug entrichtet werde, nur ausgeliefert worden seyn sollen;
3) daß an den Administrator der von Wülknitzischen Testaments- und Allodial-Erben rescribiret worden: denen Abzugspflichtigen die ihnen beschiedenen Vermächtnisse nicht anders, als nach zuvor entrichtetem und an Fürstl. Regierung einzuschickenden ordnungsmäßigen Abzug auszuantworten, weder die Obligationen über die den reformirten Armen zu Regensburg beschiedene Eintausend Gulden, weder das Legatum selbst, noch die Obligationen über die den dürftigen evangelisch-reformirten Predigern auf dem Lande, so unter dem evangelischen Consistorio zu Wien stehen, legirten zwanzigtausend Gulden, bevor nicht der Abzug entrichtet worden, verabfolgen zu lassen, ferner an die von Wülknitzische Allodial-Erben von Baarschaften, Capitalien, Zinsen und Revenüen, bis auf weitere Verordnung nichts verabfolgen zu lassen.

Zu Unterstützung dieser Beschwerden wird hauptsächlich angeführt, daß überhaupt das Abzugsrecht unter die Odiosa gehöre; daß es gegen die Leuteranstinnen, welche besonders wegen des Besitzes der Grundstücke innerhalb Landes und des ihnen darauf gebührenden künftigen Anfalls als Einheimische zu betrachten wären, und auch nicht die Substanz eines innerhalb Landes erworbenen Vermögens außer Landes brächten, nicht anzuwenden wäre; höchstens könnte der Abzug nur von den Meublen im eigentlichen

lichen Sinne, nicht aber von dem ganzen Mobiliar-Vermögen gefordert werden; auch sey kein Grund zum Arrest vorhanden, da das Recht selbst noch nicht ausgemittelt wäre, und überdies der landesherrliche Fiscus Sicherheit genug in Händen hätte.

Der Procurator Fisci wendete dagegen ein, daß das Abzugsrecht dem Landesherrn in seinem ganzen Umfange zustehe; daß er an die Einschränkungen der Privatpersonen nicht gebunden wäre; daß aber auch überhaupt das Abzugsrecht auf das sämtliche im Lande befindliche Vermögen ausgedehnet werden könne; daß demselben auch die Einkünfte dieses Vermögens, und besonders auch die Fideicommisse, unterworfen wären; daß überhaupt der Landesherr von diesem Befugniß, als einem Bestandtheile der Hoheitsrechte, nach Belieben Gebrauch machen könne, und er auch befugt sey, zu seiner Sicherheit die nöthigen Maaßregeln zu treffen.

Was nun zuvörderst die

Erste Beschwerde

betrifft, so ist diese wieder in folgende Beschwerden eingetheilt, nemlich es beschweren sich

a) die Fräulein Louise Friderike von Wülknitz, wenn dieselbe von den eigentlichen specificirten und taxirten Mobilien zu ihrem Theil Abzug geben soll;

b) die Frau Baronin von Borßele, welche ihre gethane Offerte, den Abzug von den Mobilien zu erlegen, weil er nicht, wie geschehen, acceptirt worden, zurücknimmt, und auch diese ihre Verbindlichkeit mit zur rechtlichen Entscheidung stellet;

c) die

c) dieselbe und deren älteste Schwester, die Frau Baronin von Borßele, wenn beide auch das im Lande sub administratione bleibende Vermögen verabzugen sollen; und

d) wenn von solchen Legatis, wovon dem Legatarius nur so lange die Zinsen gebühren, und welche, im Fall die instituirten Erben Kinder bekommen, wegfallen (dahero die Allodial-Erbinnen nicht in die Aushändigung der Obligationen und in den Capitalbestand solcher Legate willigen, sondern daß solche unter ihrer Administration vor der Hand bleiben müssen, antragen wollen), z. B. von den Legatis nach Wien an die Landprediger, und an die Armen in Regensburg, Abzug gefordert werden wollen, ohne jedoch sich hierbey in die Befugnisse und Verbindlichkeiten der Legatariorum selbst, so diese vertheidigen, zu mischen.

Der Antrag der Leuterantinnen geht daher dahin, daß erkannt werden möchte:

daß die Fürstl. Regierungs-Decrete und inhibitorischen des Abzugs halber erlassenen sämtlichen Verordnungen vom 25 May und 5 Jun. dieses Jahres wieder aufzuheben, und Leuterantinnen den Abzug quaest. zu zahlen nicht schuldig; vielmehr davon mit Erstattung der Schäden und sämtlicher Kosten von leuteratischer Seite zu entbinden und freyzusprechen, auch die Obligationes zu den Legatis nach Wien und Regensburg nicht auszuantworten, und dahero auch selbige zu ihrem Nachtheil vorjetzt nicht zu verabfolgen sind.

Um diese Beschwerden und den darauf gegründeten Antrag gehörig zu beurtheilen, ist es nöthig, folgende Theorie des Abzugsrechts vorauszuschicken.

Wenn

Wenn wir auf den ersten Ursprung dieses Rechts Achtung geben, so dürfte wol die Meinung Leysers,

in medit. ad ff. spec. 430. med. 1. 2.

welcher es aus dem Rechte der Leibeigenschaft herleitet, allen übrigen vorzuziehen seyn. Denn selbst diejenigen Rechtslehrer, welche es, wie

Anton Lud. Corn. Schmidt in Diss. de juris detractus cum jure collectandi nexu necessario,

aus dem Besteuerungsrechte herleiten, müssen doch, wie von eben diesem Rechtslehrer §. 11. zugegeben wird, anerkennen, daß dieses Recht eher in Deutschland angewandt worden, ehe es Landsteuern gegeben hat. Denn es ist bekannt, daß in den ältern Zeiten die Staatsbedürfnisse, wegen der von den eigentlichen Staatsgliedern auf ihre eigene Kosten geleisteten Kriegesdienste, gering, und diese aus dem Tribute der Besiegten und aus den eigenen ihnen zustehenden, oder bey der Vertheilung der eroberten Länder ihnen angewiesenen Gütern bestritten worden.

Ch. Fr. Wilisch de jure collectandi in territor. German. Vit. 1785.

Eben dieses fand in Ansehung der dem Kaiser und Reiche untergeordneten deutschen Landesherren statt.

Es mag immer seyn, daß auch schon in den ältesten Zeiten Landesbedürfnisse Landeslasten nothwendig machten. Es bleibt dennoch ein merklicher Unterschied zwischen einem anerkannten Besteurungsrechte, und zwischen der Gewohnheit, bey ausserordentlichen Fällen eine ausserordentliche Hülfe zu suchen (Beede). Im letztern Falle ist es allein der Wille der Interessenten, welcher das Recht erzeugt; im ersteren Falle wird eine Befugniß vorausgesetzt, welche den Willen der Interessenten bestimmt.

Eine Gewohnheit, andern die gemeinschaftlichen Bedürfnisse vorzustellen, und sie zu einer gemeinschaftlichen Mitwirkung aufzufordern, kann wol nicht als die Quelle eines Rechts betrachtet werden, wodurch man andere nöthiget, einen sehr ansehnlichen Theil ihres Vermögens wider ihren Willen andern zu überlassen. Ja selbst in dem Falle, wenn man ein Recht annimmt, andere zu nöthigen, daß sie bey außerordentlichen Fällen Abgaben entrichten müssen, würde dennoch das Abzugsrecht nicht füglich daraus hergeleitet werden können. Denn das Recht, Abzugsgeld zu fordern, kann unmöglich den eben eintretenden und schleunig zu befriedigenden Bedürfnissen abhelfen, weil die Gelegenheit mit der Veranlassung zu außerordentlichen Beyträgen selten zusammentreffen möchte.

Offenbar würde also das Abzugsrecht die Befugniß voraussetzen, Gelder zu künftigen Bedürfnissen einzusammeln. Wahrscheinlich ist es daher, daß zu der Zeit, als die Gewalt der Herren über die Leibeigenen anfing die Gestalt der Gerichtsbarkeit anzunehmen, auch die Gewohnheit überhandgenommen habe, die Gerichtseingesessenen in dieser Rücksicht eben so wie die Leibeigenen zu behandeln, und sich, da dies ohne höhere Unterstützung nicht gelingen konnte, Privilegien darüber ertheilen zu lassen. Daher die Verschiedenheit der Gewohnheit in Rücksicht auf das Recht, Abschoß zu fordern, und man würde mit gutem Grunde sagen können, daß der rechtliche Grund des Abzugsrechts in der Gewohnheit zu suchen sey.

Berger Oecon. Jur. L. 1. T. II. §. 18. n. 1.
Cocceji Diss. Vol. I. Diss. 67. p. 935.

Aber man gewinnt dadurch in Absicht auf die Theorie vom Abschoß selbst nur wenig, weil die Gewohnheit

heit ein Factum ist, welches zwar wie andere Thatsachen bewiesen, aber nicht aus Begriffen gefolgert und wiederum zum Zwecke anderer Folgesätze in Grundbegriffe aufgelöset werden kann.

Worin also auch der historische Ursprung dieses Rechts gesucht werden mag, so wird es doch da, wo die Thatsache selbst nicht zur Richtschnur dienen kann, nur nach seiner eigenen Natur beurtheilet werden können.

Gesetzt, das Hülfsmittel, dessen sich August bediente, um das durch Krieg erschöpfte Staatsvermögen zu ergänzen, nemlich die auf die Erbschaften und Vermächtnisse gelegte Abgabe des zwanzigsten Theils, hätte, wie doch nicht wohl angenommen werden kann, weil diese Auflage in der Folge wieder aufgehoben worden, zu Einführung des Abschoßrechts Veranlassung gegeben: so würde doch dieses nur dazu gedient haben, den Gedanken zu einer ähnlichen Auflage zu erregen, aber man würde doch daraus nicht schließen können, daß alles, was bey dieser Auflage Rechtens wäre, auch auf diejenigen anzuwenden sey, welche dadurch veranlaßt worden sind.

Wenn man daher auch, wie es nicht unwahrscheinlich ist, annimmt, daß auch zuweilen die Abzugsgelder zu Vermehrung und Entschädigung der Casse, in welche die Staatsgelder fließen, gebraucht worden: so würde sich zwar daraus erklären lassen, wie es zugegangen sey, daß das Recht, Abzugsgelder zu fordern, als ein Anhang der Gerichtsbarkeit, besonders der höhern oder peinlichen, betrachtet worden; aber es würde sich daraus weder folgern lassen, daß beide Rechte nothwendig mit einander verbunden wären, noch auch, welchen

Ausdehnungen oder Einschränkungen das Abzugsrecht selbst unterworfen sey.

Denn es ist offenbar, daß die Verbindung des Abzugsrechts mit der Gerichtsbarkeit nur zufällig sey, daß kein Richter das Recht hatte, zu fordern, daß seine Untergebenen eine gewisse Summe Geldstrafe verwirken sollten, und daß also der Abschoß nicht als eine Entschädigung der Casse für die Strafen, welche der Auswandernde innerhalb Landes verwirkt haben würde, betrachtet werden könne. Wenn man aber auch dieses ohne allen Grund als richtig voraussetzen wollte, so würde dennoch sich daraus der von Erbschaften zu entrichtende Abschoß nicht erklären lassen, weil dabey keine Person verlohrengeht, von der man Hoffnung gehabt hatte, Strafgelder zu ziehen.

Es bleibt also nichts übrig, als

1) die Gesetze und rechtlichen Gewohnheiten jedes Orts zu untersuchen, und
2) da, wo man auf diese Weise keinen Aufschluß erhalten kann, aus dem Begriffe des Abzugsrechts selbst weitere Folgerungen zu ziehen.

Was die Frage betrifft, in wie fern das vom Fiscus behauptete Abzugsrecht in den Anhalt-Cöthenschen Landen stattfinde: so kommt es hierbey nicht darauf an:

ob der Landesherr befugt sey, eine neue Steuer einzuführen, und diese auf das außer Landes gehende Vermögen zu legen?

sondern allein darauf:

welches Gesetz schon jetzt bestehe?

Denn neue Gesetze können nicht auf vorhergehende Fälle angewendet werden, und wenn es daher auch in des Landesherrn alleiniger Willkühr stünde, zu bestimmen, wie es künftig mit den Abzugsgeldern ge-

gehalten werden solle: so würde er darum nicht befugt seyn, diese neue Bestimmung auf diejenigen Erbschaften anzuwenden, welche vorher schon den Erben angefallen waren. Wenn man daher auch mit

> Heinrich Arnold Lange in den Anmerkungen und Berichtigungen zu Joh. Ludov. Becks rechtl. Abhandl. von Nachsteuer und Handlohn, Bayreuth 1781. Abh. 11.

für bekannt annimmt, daß der Wille des Landesherrn zu Einführung dieser Untergattung der Steuer hinreiche; so würden doch die Rechte des Gesetzgebers mit der Befugniß des Richters, welcher nach schon bestehenden Rechten urtheilet, nicht zu verwechseln seyn.

Indessen kann darüber, daß der landesherrliche Fiscus im Fürstenthum Anhalt-Cöthen den Abzug zu fordern habe, nicht gestritten werden, da die von Leuterantischen Erben selbst angeführte Landesordnung Lib. XIV. darüber keinen Zweifel übrig läßt. Es kommt also nur darauf an, daß die Gränzen dieses Rechts näher ausgemittelt werden.

Da zunächst die besondern Gesetze und Gewohnheiten des Orts zur Richtschnur dienen müssen, so muß auch vor allen Dingen die eben angeführte Landesordnung zu Rathe gezogen werden. Es ist nicht nöthig, im gegenwärtigen Falle sich auf die Frage einzulassen:

> ob der Landesherr an die Gesetze des Landes gebunden sey?

Da hier von einem Rechte die Rede ist, welches sich hauptsächlich nach den rechtlichen Gewohnheiten des Orts bestimmt: so läßt sich wol nicht zwei-

feln, daß das hohe Fürstl. Anhaltische Haus sich selbst durch die Bestimmungen der Landesordnung verpflichtet halte.

Wenn man daher auch sonst Gründe hätte, Legem 4. C. de Legibus nicht zur Anwendung zu bringen, wo es heißt:

> Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se principem profiteri; adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas. Et revera majus imperio est, submittere legibus principatum,

so würde doch das Landesgesetz zu Bestimmung der Gewohnheit des Orts dienen, so lange nicht eine andere Bestimmung erhellet.

Legt man nun das Landesgesetz zum Grunde: so ergiebt sich daraus, daß zur Ausübung des Abzugsrechts in Erbfällen zwey Dinge erfordert werden, nemlich

1) Anfall der Erbschaft an einen Ausländer, und
2) die Absicht, das Ererbte außer Landes zu bringen.

Es stimmt aber auch eben dieses mit dem Begriff und der Natur des Abzugsrechts selbst überein.

Denn es besteht in der Befugniß, von der außer Landes gehenden einheimischen Vermögens-Substanz einen gewissen Antheil zurückzubehalten. Die einheimische Vermögens-Substanz wird dem Lande auf eine doppelte Weise entzogen, entweder durch Mitnehmung derselben bey der Auswanderung (gabella emigrationis), oder durch Erwerbung einer Erbschaft, oder eines Vermächtnisses durch einen Ausländer (gabella hereditatis).

In beiden Fällen können die Zweifel, welche den Umfang dieses Rechts betreffen, entweder auf die Person, gegen welche, oder auf die Gegenstände, in Ansehung deren dieses Recht ausgeübt werden soll, gerichtet seyn. In Ansehung der Person wird allemal ein Fremder oder ein Ausländer vorausgesetzt, nemlich entweder ein solcher, welcher vorher einheimisch war, und nun ein Ausländer werden will, oder ein solcher, welcher nie einheimisch gewesen ist, und es auch jetzt nicht zu werden gedenkt. Aber bey dem Abzuge, welcher dem Auswandernden gemacht wird, kommt es vorzüglich auf den Begriff des Fremden und Ausländers an; bey dem Abschoß aber, welcher in Erbfällen entrichtet wird, nur in so weit, als dadurch der Begriff der Ausführung des Vermögens bestimmt werden soll.

Da die Auswanderungssteuer auch nicht selten Gerichtsherren zukommt; so ist zuvörderst zu bemerken, daß, wenn wir uns des Worts „Fremder„ im Gegensatz des Einheimischen bedienen, wir es ganz unentschieden lassen, ob das Abzugsrecht dem Landesherrn oder dem Gutsherrn zustehe. In beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß einer, welcher innerhalb des Landes, oder Gerichtsbezirks seinen Wohnsitz gehabt habe, diesen in der Absicht verläßt, um seinen Wohnsitz anderwärts aufzuschlagen. Ob er die vollen Rechte eines Bürgers gehabt oder nicht gehabt habe, darauf kommt es dabey nicht an, sondern nur darauf, ob er innerhalb des Bezirks sein forum domicilii hatte, und ob es sich behaupten lasse, daß er dieses verändert habe.

Lange und Beck a. a. O. T. I. Cap. 5. obs. 1. 2.

Von der Auswanderungssteuer werden daher diejenigen ausgenommen, welche sich nur einige Zeit an einem Orte aufhalten.

Beck a. a. O. obs. 3. p. 43. 44.

Dagegen kann die Anlegung eines neuen Wohnsitzes neben dem alten nicht als eine Veränderung desselben angesehen werden, und es macht keinen Unterschied, ob er an dem einen Orte länger als an dem andern verweilt, es ist vielmehr genug, wenn er nur das forum personale domicilii noch an dem alten Wohnsitze behält.

Id. obs. p. 37. 38.

Hierbey entsteht die Frage, ob derjenige, welcher Grundstücke zurückläßt, als einer, welcher seinen Wohnsitz verändert, betrachtet werden kann. Diese Meinung ist, wie Leyser

in Med. ad ff. spec. 421. med. 7.

zeigt, selbst in einer ähnlichen Sache von der Juristen-Facultät zu Wittenberg angenommen worden.

Es hängt auch hierbey alles von der Entscheidung der Frage ab, ob die Beybehaltung des fori rei sitae der Beybehaltung eines persönlichen Gerichtsstandes, und zwar des Wohnsitzes, gleich geachtet werden könne. In der Regel muß diese Frage verneint werden. Der Grund dieser Verneinung beruht auf dem Unterschiede der persönlichen und dinglichen Gerichtsbarkeit.

Könnte man freylich als Grundregel annehmen, daß das Abzugsrecht ein nothwendiger Bestandtheil der Gerichtsbarkeit wäre, und den Zweck hätte, den bisherigen Gerichtsherrn wegen der nunmehr verlohrengegangenen Vortheile des Gerichts-

richtszwangs zu entschädigen; so wäre die Sache leicht zu entscheiden. Denn da, wo plenus Landsassiatus stattfindet, und die dingliche Gerichtsbarkeit zugleich eine persönliche begründet, würde die Beybehaltung eines Grundstücks, womit ein solcher persönlicher Gerichtszwang verbunden ist, eben so wie die Beybehaltung des persönlichen Gerichtsstandes zu betrachten seyn; im entgegengesetzten Falle aber müßte der Richter des Wohnsitzes, wegen der Veränderung desselben, durch das Abzugsgeld entschädiget werden.

Allein da es noch wahrscheinlicher ist, daß durch Ausübung dieses Rechts der Staat wegen des aus dem Lande gezogenen Vermögens entschädiget werden soll; so kann die bloße Beybehaltung des persönlichen Gerichtsstandes nicht als ein solcher Vortheil betrachtet werden, wodurch der Staat wegen des aus dem Gerichtsbezirke gezogenen Vermögens entschädiget wird.

Es bleibt also da, wo die Geschichte über die Entstehung dieses Rechts nichts gewisses an die Hand giebt, oder wo die rechtliche Gewohnheit darüber nichts entscheidet, weiter nichts übrig, als daß man sich an den Begriff der Gerichtsbarkeit des Wohnsitzes hält, und also den dem Abzugsrechte unterwirft, welcher seinen Wohnsitz verändert hat. Daher ergiebt es sich von selbst, daß der bloße Besitz eines Ackers, oder irgend eines dinglichen Rechts, womit kein Wohnsitz verbunden werden kann, nicht als eine Beybehaltung des vorigen Wohnsitzes zu betrachten sey. Es fällt auch in die Augen, daß es eine blos zu Vereitelung des Abzugsrechts gereichende List seyn würde, wenn der, welcher übrigens dem Abzugsrechte unterworfen ist, irgend ein kleines Grundstück oder ein dingliches Recht

innerhalb Landes beybehalten wollte, welches nicht als Wohnsitz des Auswandernden gedacht werden könnte.

So lange also keine entgegenstehende gesetzliche Bestimmung oder rechtliche Gewohnheit erhellet, ist der bloße Besitz eines Grundstücks nicht als die Beybehaltung des vorigen Wohnsitzes zu betrachten. Zweifelhafter wird die Entscheidung dieser Frage, wenn der Auswandernde Rittergüter, welche mit Wohnsitzen versehen sind, innerhalb Landes besitzt.

Sobald jedoch die Absicht, von diesem Wohnsitze keinen Gebrauch zu machen, erhellet, kann auch der Besitz eines solchen Grundstücks der Beybehaltung des Wohnsitzes nicht gleichgeachtet werden, wofern nicht durch Observanz oder Gewohnheit ein anderes bestimmt ist. Auch kann, wo nicht besondere Gründe vorhanden sind, der Adel, als solcher, die Befreyung von der Nachsteuer nicht genießen,

Beck a. a. O. obs. 11. p. 41.

obgleich allerdings in vielen Landen besondere Gründe existiren, den Adel von diesen Abgaben frey zu sprechen. Besonders kann die mit der Unterthanspflicht sehr verwandte Lehenspflicht ein Grund seyn, den Besitzer eines Ritterguts als einheimisch zu betrachten. Allein dieser Satz läßt sich auf feuda mere hereditaria nicht anwenden.

Chr. Thomasii Observ. Select. de jure detractus, §. 40.

Nun könnte es zwar scheinen, als ob das, was bisher angeführet worden, nur auf den Fall der Auswanderung, und nicht auf die Erbschaftsfälle, angewendet werden könne, weil nicht der Census

emi-

emigrationis, aber wol das jus detractus, unter die odiosa gehöre.

Hommel Rhapsod. obs. 145.

Allein einestheils ist es nicht richtig, daß die Einschränkung der Auswanderungs-Freyheit weniger die Freyheit beschränkte, als der Abschoß von Erbschaften; denn in jenem Falle wird die Freyheit eines noch lebenden Menschen, über seine Person und sein Vermögen zu verfügen, gemindert, da in diesem nur die ohnedies nach natürlichen Rechten streitige Befugniß, den Nachlaß andern zuzuwenden, eingeschränkt, und diejenigen, welche erst noch einen Vortheil erhalten sollen, beschatzt werden. Anderntheils kommt es auch bey dieser Frage nicht darauf an, welches Recht mehr begünstiget zu werden verdiene, sondern was aus den Begriffen des Rechts selbst zu folgern sey. Nimmt man hierauf Rücksicht, so fällt in die Augen, daß der Begriff des Nicht-Einheimischen in beiden Fällen (es mag nemlich von der Besteurung einer außer landes gehenden Erbschaft, oder von der Auswanderung die Rede seyn) vollkommen gleich sey, und darunter immer derjenige verstanden werden müsse, dessen ordentlicher persönlicher Gerichtsstand anderwärts ist.

In Absicht auf den Gegenstand des Abzugsrechts kann in der Regel nur die Substanz des Vermögens, welches wirklich aus dem lande oder Gerichtsbezirke gebracht wird, dem Abschoß unterworfen werden. Denn es gewinnt zwar das Ansehen, als ob auch die aus dem einheimischen Vermögen gezogenen Einkünfte diesem Abzuge unterworfen werden müßten, weil die Vermögens-Substanz ohne deren Nutzungen keinen Werth haben würde, und weil also der, welcher diese außer landes ver-

zehrt,

zehrt, dem Lande eben dasjenige nimmt, was den eigentlichen Werth des Vermögens ausmacht.

Allein diesen Gründen lassen sich folgende Gegengründe entgegensetzen:

a) Die Früchte und Einkünfte der einheimischen Vermögens-Substanz können nicht ohne Dazwischenkunft einheimischer Verwalter, Stellvertreter, Pächter und anderer Personen, die sich von diesen dem auswärtigen Besitzer geleisteten Diensten nähren, gedacht werden; ja es ist sogar zweifelhaft, ob nicht der Luxus des Besitzers, wenn er gegenwärtig wäre, mehr Geld außer Landes bringen würde, als er nach Abzug dessen, was er in den Händen seiner Geschäftsträger zurücklassen muß, wirklich aus dem Lande oder Gerichtsbezirke zieht.

b) Der Grundsatz, daß die Einkünfte der im Lande arbeitenden Capitalien nicht ohne Abzug herausgelassen werden dürfen, kann unmöglich eingeführt werden, ohne den Landescredit in Gefahr zu setzen.

Kein auswärtiger Capitalist könnte es wagen, sein Geld in einem Lande unterzubringen, oder sonst anzulegen, aus welchem die Einkünfte und Zinsen nicht ohne Abzug verabfolget werden dürften. Eben deswegen sind auch die Capitalien selbst keinem Abzuge unterworfen, wenn sie nicht einem Auswandernden angehören, oder als Erbgelder außer Landes gehen.

c) Alles Verkehr mit Auswärtigen würde daher abgebrochen werden, wenn die Einkünfte des Ausländers auf solche Weise beschatzt werden sollten.

Gewiß wäre der Nachtheil, welcher daraus für das Land oder den Gerichtsbezirk entstände, ungleich größer, als derjenige ist, welchen die Verabfolgung

folgung der Einkünfte des einheimischen Vermögens an Auswärtige nach sich zieht.

Nun fehlt es zwar nicht an Rechtslehrern, welche auch die legata annua und die Verpflegungsgelder dem Abschoß unterwerfen.

Beck a. a. O. obs. XII. p. 122. 123.

Aber dieses ist den obigen das Abschoßrecht betreffenden Grundsätzen schlechthin zuwider, und es ist daher auch in verschiedenen Landesgesetzen das Gegentheil bestimmt worden, weshalb wir hier nur zur Erläuterung das Preußische Gesetzbuch P. II. Tit. 17. §. 144. sq. beyspielweise anführen.

Hieraus ergiebt sich nun die natürliche Folge, daß das erbschaftliche Vermögen, so lange sich die Substanz desselben innerhalb Landes befindet, dem Abschoß nicht unterworfen werden kann, und also in dieser Rücksicht der Widerspruch der Leuterantinnen gegründet sey.

Alles dieses vorausgesetzt, ergiebt sich nachstehende Folgerung:

Wenn im gegenwärtigen Falle die Leuterantinnen das Mobiliar-Vermögen von dem Abzug ausnehmen, und diesen nur auf die eigentlichen Mobilien einschränken wollen; so kann diese Ausnahme nicht auf den Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Vermögen gegründet werden, weil Fiscus allerdings in Ansehung der ganzen Vermögens-Substanz, welche außer Landes gehet, das Abzugsgeld zu fordern hat.

Dagegen ist Fiscus mit seinem Anspruche abzuweisen, wenn er auch dasjenige Vermögen, welches noch im Lande unter einheimischer Administration stehen bleibt, dem Abzuge unterwerfen, und die Einkünfte desselben damit belasten will.

Auf

Auf der andern Seite können aber auch Leuterantinnen deswegen, weil ihnen noch dingliche Rechte innerhalb Landes zustehen, nicht als solche betrachtet werden, welche ihren Wohnsitz innerhalb Landes haben; und es müßte also in der besondern Landesverfassung oder in der Landes-Observanz das Gegentheil gegründet seyn, wobey es jedoch nicht auf solche Bestimmungen ankommen würde, welche bey vorkommenden Fällen vergleichsweise angenommen worden.

Wendet man nun dieses alles auf die verschiedenen Unterabtheilungen der ersten Leuterantischen Beschwerde an: so ergiebt sich

ad a. und b) daß der bloße Besitz der Grundstücke im Fürstenthum Anhalt-Cöthen die Leuterantinnen nicht zu solchen Personen mache, welche innerhalb des Landes ihren Wohnsitz haben. Hierzu kommt, daß nach den eigenen Grundsätzen der Leuterantinnen das bloße Nutzungsrecht nicht als Vermögens-Substanz betrachtet werden kann; und daß daher, so wie es auf der einen Seite von dem Abzuge ausgenommen worden, auch dessen Besitz nicht einem beständigen Wohnsitze gleichgeachtet werden könne, wofern nicht der Aufenthalt am Orte damit verbunden ist.

Ad c) aber ist die Beschwerde allerdings gegründet, weil das im Lande unter Administration zurückbleibende Vermögen, seiner Substanz nach, im Lande bleibet, und also erst in dem Falle, wenn die Substanz selbst aus dem Lande gezogen werden soll, mit dem Abschoß belegt werden kann.

Ad d) können zwar die Rechte der Legatarien selbst hier nicht bestimmet werden; aber gegründet ist der Widerspruch der Leuterantinnen, wenn sie

verlangen, daß, so lange es noch ungewiß ist, ob die Substanz dieses Vermögenstheils nicht im Lande bleiben werde, diese auch mit dem Abzuge verschonet werden müsse.

Die

zweyte Beschwerde

fällt hinweg, weil sie schon durch die Resolution vom 21 Jun. 1796. gehoben worden ist.

Die

dritte Beschwerde

endlich, welche den angelegten Arrest betrifft, ist nur in so weit gegründet, als den Leuterantinnen dadurch der ganze Genuß ihres ererbten Vermögens entzogen wird, weshalb er nur auf das Mobiliar-Vermögen und die Capitalien selbst einzuschränken ist.

Da beide Theile Ursach hatten, den gegenseitigen Anträgen nicht nachzugeben, so ist die Vergleichung der Kosten die Folge davon.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall so, wie im Urtheile geschehen ist, erkannt werden müssen.

XVII.

1) Daß ein durch Suggestionen bewirktes Bekenntniß, selbst im Falle des Widerrufs, nicht immer als völlig nichtig könne verworfen werden.
2) Daß ein solches widerrufenes Bekenntniß wenigstens noch als ein Indicium gegen den Verbrecher betrachtet werden müsse.
3) In wie fern der Inquirent die Befugniß habe, den Inculpaten während des Laufs der Untersuchung für gerichtliche Unwahrheiten zu bestrafen, oder ihn durch Drohungen oder andere Zwangsmittel zum Bekenntniß zu bewegen.
4) Daß die Landesverweisung eine sehr ungleiche, meistentheils zwecklose und das nachbarliche Verhältniß verletzende Strafe sey, und daher nur da, wo es die Gesetze oder die besondern Umstände erfordern, erkannt werden dürfe.

An Richter und Räth zu Neu-Brandenburg.

Auf die wider den Nadler, Kramer und Haaken, Heinrich Schulz zu Neu-Brandenburg, wegen Beherbergung fremden Diebsgesindels, auch Verheelung und Ankaufs wissentlich gestohlner Sachen, ergangene Acten, und darauf von demselben geführte weitere Vertheidigung ꝛc.

Daß

Daß das unterm 11ten September 1797. publicirte Erkenntniß vom 25ſten Jul. 1797. mit dem Beyſatze zu beſtätigen, daß, wofern Inculpat eine ſichere Caution von Dreyhundert Thalern, auf drey Jahre, vom Tage der Beſtellung an gerechnet, wegen eines während dieſer Zeit zu führenden ordentlichen und untadelhaften Lebens, zu leiſten im Stande ſeyn möchte, gegen denſelben mit der im vorigen Urtheil erkannten Landesverweiſung nicht zu verfahren, übrigens es dem Gutbefinden des inquirirenden Gerichts zu überlaſſen ſey, bewandten Umſtänden nach die Summe der vom Inculpaten zu leiſtenden Caution geringer, als im gegenwärtigen Urtheil geſchehen iſt, zu beſtimmen, auch, wofern Inculpat ſich eines vorzüglich guten Lebenswandels befleißigen ſollte, die mehrerwähnte Caution noch vor Ablauf der beſtimmten drey Jahre wiederum aufzuheben. Sollte Inculpat ſich neuer Verbrechen ſchuldig, oder ſich, nicht ohne ſeine Schuld, eines dem gemeinen Weſen nachtheiligen Lebenswandels verdächtig machen, ſo ergienge alsdann, ſowohl wegen der beſonderen rechtlichen Folgen dieſer Handlungen, als auch wegen der zur Sicherheit des gemeinen Weſens zu treffenden Maaßregeln, ferner, was Rechtens iſt, und bleibet es in dieſem Falle der obrigkeitlichen Beſtimmung vorbehalten, ob und in wie fern die erkannte Cautionsleiſtung noch auf eine längere Zeit auszudehnen, oder ſonſt gegen ihn mit Landesverweiſung oder Beraubung der Freyheit, den Umſtänden gemäß zu verfahren ſey. Noch iſt Inculpat die durch die Actenverſendung verurſachten, ſo wie ſämtliche Unterſuchungskoſten, zu tragen gehalten. Von Rechts wegen.

Geschichts = Erzählung und Entscheidungs= Gründe.

Im Herbste des Jahres 1796. fielen im Mecklenburgischen hinter einander mehrere Diebstähle vor, ohne daß man den Thäter entdeckte, bis endlich den 1sten December desselben Jahres den Neu-Brandenburgischen Stadtgerichten angezeigt wurde, daß der Scharfrichterknecht Richter sich habe verlauten lassen, er wisse von den dem Pastor Weißenborn zu Rülow in der Nacht vom 24sten auf den 25sten November, und der Wittwe Meyn zu Neuendorf in der Nacht vom 28sten auf den 29sten ejusd. gestohlnen Sachen Nachricht zu geben.

Bey einer sogleich veranstalteten Vernehmung des Knechts Richter sagte derselbe folgendes aus: Als er am 25sten November Morgens früh, da es noch finster gewesen, zum Thore hinausgefahren sey, habe ihm ein fremder Kerl, der ihm begegnet, und der sich für einen Parasolmacher ausgegeben, Betten zum Verkauf angeboten. Dieses Anerbieten habe er zwar abgelehnt, sich aber doch nach der Wohnung des Parasolmachers, den er schon im Wirthshause zum grünen Hirsch gesehen gehabt, erkundiget, und von demselben erfahren, daß er beym Nadler Schulz zu Neu-Brandenburg logire. Einige Tage darauf sey eine Weibsperson, welche der Parasolmacher bey sich hätte, zu seiner, Deponentens, Frau gekommen, und habe derselben, da sie die ihr angebotenen Kleidungsstücke zu kaufen sich geweigert, eine schwarze Mütze und ein Hemde zum Fenster hineingeworfen, um ihr damit ein Geschenk zu machen. Seine Frau sey aber mit diesen Sachen Tages darauf zum Nadler Schulz gegangen, um sie den fremden Leuten wiederzugeben; allein

allein da sie dieselben nicht mehr angetroffen, habe sie dem Nadler Schulz und dessen Frau aufgetragen, die Sachen den fremden Leuten, wenn sie wiederkommen sollten, zurückzugeben, widrigenfalls sie die Sachen den Gerichten überliefern würde. Der Schulz habe aber die Sachen nicht nur an sich genommen, und sie gebeten, von dem ganzen Handel zu schweigen, sondern habe auch ihn, Deponenten, nachher zu sich rufen lassen, und ihm unter der Bedingung, daß er von dem Vorfalle nicht reden sollte, etwas von den in seinem Gartenhause verborgenen Sachen angeboten, welches Anerbieten er, Deponent, aber ausgeschlagen habe.

Auf diese Anzeigen wurde Gerichtswegen das Gartenhaus des Schulze im Beyseyn seiner Ehefrau, welche ihren Mann mit Krankheit entschuldigte, und bey ihrer Vernehmung die Angabe des Knechts Richter für ganz falsch erklärte, visitiret, und es fanden sich daselbst mehreres Hausgeräth, Betten und Wäsche. Am andern Tage wurden aus dem Hause des Nadler Schulz noch mehrere Sachen der Art auf die Gerichtsstube geschickt, und die Schwiegermutter des Schulz, die Wittwe Burmeister, welche mit in seinem Hause wohnt, zeigte, da der Schulz angeblich verreist war, persönlich an, daß sie die eben geschickten Sachen von dem Parasolmacher und dessen Weibe gekauft habe, und daß sich weiter in ihrem Hause nichts befände, zu dessen Besitz sie durch die fremden Leute gelangt wären.

Bey der gleich darauf angestellten gerichtlichen Haussuchung fand sich auch, außer zwey Spiegeln mit goldnen Rahmen, welche auf dem Hausboden versteckt waren, nichts verdächtiges.

Sowohl die Sachen, welche in dem Schulzischen Gartenhause waren gefunden, als auch diejenigen, welche von seiner Frau und Schwiegermutter dem Gerichte freywillig waren ausgeliefert worden, wurden sogleich von der Ehefrau des Pastor Weißenborn und von der Wittwe Meyn zu Neuendorf für die ihnen in der Nacht vom 24sten bis 25sten Nov. und resp. 28—29sten November gestohlnen eidlich anerkannt.

Unter diesen Umständen wurde dem Schulz, der sich endlich den 5ten December vor Gericht stellte, gleich in diesem seinem ersten Verhör, in welchem er überdies auf der Stelle mehrerer Unwahrheiten überführt wurde, angedeutet, daß, wofern er nicht eine angemessene Caution zu leisten im Stande wäre, man genöthiget seyn würde, mit Arrest gegen ihn zu verfahren. Hierauf verbürgte sich seine Schwiegermutter, die Wittwe Burmeister, mit ihrem sämtlichen Vermögen für ihn, und namentlich mit einer Forderung von 686 Rthlr. 39 ßl. alt Gold, welche sie an ihren Schwiegersohn hat, und wofür ihr sein Haus gerichtlich zur Sicherheit ist bestellt worden, so wie sie auch das über diese Hypothek ausgefertigte gerichtliche Instrument zugleich ins gerichtliche Depositum einlieferte.

Inculpat, welcher gegen diese Caution freygelassen wurde, und sich auch, wenn seine Kränklichkeit ihn nicht abhielt, auf jedesmaliges Erfordern vor Gericht stellte, wollte anfänglich nichts weiter an sich kommen lassen, als daß der Parasolmacher, der sich Simon genannt, nebst seinem Weibe sich zu verschiedenenmalen in seinem Hause aufgehalten, und ihm mehrere Sachen, hauptsächlich aber Betten, abgelassen habe. Er blieb dabey,

es

es sey ihm unbekannt gewesen, daß der Simon die Sachen gestohlen gehabt, vielmehr habe er dessen Versicherung, daß er ein preußischer Contrebandier sey, und die aus dem Preußischen geretteten Sachen zu verkaufen suche, völligen Glauben beygemessen.

Während das Gericht mehreren Angaben des Inculpaten, durch welche er das Verdächtige in einigen einzelnen von ihm unternommenen Handlungen zu entkräften suchte, näher nachspürte, richtete es zugleich die Untersuchung gegen den vermuthlichen Dieb selbst, und den 15ten December lief auch mit der Nachricht, daß der Simon zu Lychen arretiret sey, zugleich ein Extract aus dem bey den dortigen Stadtgerichten über seine Vernehmung abgehaltenen Protocolle ein, woraus hervorging, daß er nicht nur die beiden Diebstähle zu Rülow und Neuendorf eingestanden, sondern auch bekannt habe, daß zwischen ihm und dem Nadler Schulz eine Verabredung sey getroffen worden, vermöge welcher letzterer gestohlne Sachen ihm habe abkaufen wollen und verbergen helfen. Hierbey ist jedoch zu bemerken, daß der Simon, oder Heinze, wie er sich eigentlich nennt, diese letztere Angabe in einem spätern Verhör ausdrücklich widerrufen hat.

Da indeß gedachter Widerruf dem gegen den Schulz inquirirenden Gerichte erst gegen das Ende der Untersuchung bekannt wurde: so wurden auf diese neue dringende Anzeige gegen den Nadler Schulz demselben zwey Mann Wache ins Haus gegeben, allein seine Vernehmung konnte, da er sich nach dem Zeugnisse des Arztes sehr krank befand, erst den 28sten December erfolgen.

Hier gestand er nun zwar folgende Thatsachen ein: Der Simon sey am 25sten Nov. früh Mor-

gens zu ihm gekommen, und habe ihm angezeigt, daß sich in seinem, des Inculpaten, Gartenhause Sachen befänden, welche der Simon aus dem Preußischen gerettet hätte. Er sey hierauf an demselben Tage gegen Abend mit seines Schwagers Wagen, welchen er sich unter einem andern Vorwande zu verschaffen gewußt, nach seinem Gartenhause gefahren, und habe die daselbst befindlichen Sachen sodann mit Hülfe des Simon in die Stadt und in sein Haus gebracht. Hier hätten sie gemeinschaftlich die Federn aus den Betten herausgeschüttet, welche er dann, nachdem er sie dem Simon für 16 Rthl. abgekauft gehabt, für 19 Rthl. 15 ßl. wieder verhandelt habe. Inculpat leugnete aber beharrlich, um die beiden Diebstähle zu Rülow und Neuendorf gewußt, und die Sachen für gestohlne gehalten zu haben, vielmehr blieb er bey der Behauptung, daß er in die Angabe des Simon, welcher die Sachen als seine eigenen aus dem Preußischen gerettet haben wolle, kein Mißtrauen gesetzt habe. Noch fügte er hinzu, daß sich die übrigen Sachen, als Betten, Bettgardinen und Kinderschürzen, wie er vermuthete, auf seinem Heuboden finden würden. Diese seine Angabe wurde auch durch eine des andern Tages angestellte gerichtliche Visitation als richtig bestätiget. Der Schulz selbst wurde, weil seine Bewachung in seinem Hause vielen Schwierigkeiten unterworfen sey, auf die Soldatenwache gesetzt. Aus diesem Arreste wurde er jedoch am 6ten Februar 1797. auf Bitten seiner Frau und Schwiegermutter, und auf ein von seinem Arzte ausgestelltes Zeugniß seiner Kränklichkeit, wieder entlassen, und die Bewachung in seinem Hause trat an dessen Stelle.

Wegen

Wegen der noch immer fortdauernden Krankheit des Inculpaten konnte das Specialverhör mit ihm erſt den 3ten März angefangen werden. Ueber ſeinen bisherigen Lebenswandel ſagte er darin folgendes aus:

Er heißt Chriſtian Heinrich Schulz, iſt 34 Jahre alt, und im Jahr 1785. auf ſeine Nadlerprofeſſion Bürger geworden, hat ſich aber bald darauf in die Haak- und Kramer-Zunft aufnehmen laſſen. Bey ſeinem Handel ging es ihm aber eben ſo ſchlecht, wie bey ſeiner Nadlerprofeſſion, welche er, da ſein Blutſpeyen ihn ſelbſt mitzuarbeiten verhinderte, nicht ordentlich betreiben konnte. Dieſe Umſtände, verbunden mit ſeiner unordentlichen wüſten Lebensart, brachten ihn nach drey Jahren ſo weit zurück, daß Concurs über ſein Vermögen entſtand. Seine Schulden beliefen ſich auf 1200 Rthl., indeß ſein Vermögen nicht mehr als 78 Rthl. betrug. Er wurde deshalb als muthwilliger Banqueroutirer ins Gefängniß geſetzt, und zur Unterſuchung gezogen, und bey ſeiner Entlaſſung ihm angedrohet, daß, wenn er ſeine ſchlechte Lebensart fortſetzte, er ins Zuchthaus kommen würde. Inculpat gelobte damals Beſſerung an, hielt aber ſein Verſprechen ſo wenig, daß er ſich um ſein Geſchäfft gar nicht bekümmerte, ſondern ſich dem Spiel und Trunk überließ.

Im Jahre 1789. heirathete Inculpat ſeine jetzige Ehefrau, und ob er gleich mit ihr kein Vermögen bekam, ſo ſetzte er doch, durch Verwandte und Freunde unterſtützt, ſeine Nadlerprofeſſion und ſeinen Handel mit Haak- und Kramwaaren fort, und kaufte im Jahre 1792. ſein jetziges Wohnhaus für 540 Rthlr., worauf er ſeiner Schwiegermutter noch 300 Rthlr. und den Erben des Verkäu-

fers 190 Rthlr. schuldig ist. In diesem Hause hat er, da seine Profession und sein Handel nicht rechten Fortgang gewannen, Branntwein geschenkt, und auch, besonders zu Marktzeiten, fremde Leute beherberget. Auch ist Inculpat schon, wegen Beherbergung fremder Werber ohne Vorwissen der Obrigkeit, zur gerichtlichen Verantwortung gezogen worden.

Ueber die Sache selbst ließ Inculpat sich folgendergestalt vernehmen:

Er habe die Bekanntschaft des Simon zuerst auf einer Reise zur Zeit des Bartholomäus-Markts gemacht, und einige Zeit darauf sey Simon zum erstenmale, und nachher noch zu verschiedenen malen, und auch einmal in seiner Abwesenheit, zu ihm gekommen, und habe ihm und seiner Frau Betten verkauft, die derselbe angeblich noch aus dem Preußischen gerettet, und auch daselbst angekauft haben wolle. Er könne nicht leugnen, daß ihm diese Erzählung des Simon, und der Simon selbst, verdächtig vorgekommen sey. Auch müsse er gestehen, daß er die ihm vorgehaltenen Lügen, deren er in Rücksicht des Wiederkaufs der Federn überführt wurde, blos erfunden habe, um seinen Federhandel nicht kund werden zu lassen, indem ihm die vom Simon gekauften Federn verdächtig geschienen hätten. Im übrigen blieb Inculpat bey seiner vorigen Angabe. Da jedoch seine Antworten auf manche Fragen so schwankend und unbestimmt waren, daß das Gericht Hartnäckigkeit darin zu finden glaubte, so wurde ihm angedeutet, daß, wofern er sich nicht zu einem reinen Bekenntniß bequemte, man zu ernsthaftern Maaßregeln schreiten würde.

Zufolge dieser Drohung sollte er auch denselben Abend auf das Bürgergehorsam gebracht werden; allein er ließ durch seine Frau und Schwester

um

um Schonung bitten, und anzeigen, daß er bereit sey, auf alle Fragen bestimmte Antwort zu geben.

In den nächsten Verhören blieb er nun zwar bey der Behauptung, daß er bey den ersten malen, wo ihm Simon Sachen verkauft, nur vermuthet habe, daß sie gestohlen seyn möchten; allein auf die Frage:

> ob er nicht gewußt habe, daß die Sachen, welche er am Bettag Abends aus seinem Gartenhause in die Stadt geholet, gestohlen wären?

antwortete er:

> ja, das müsse er leider gestehen. Simon habe ihm entdeckt, daß er diese Sachen in einem Dorfe hinter Sponholz gestohlen, und nach Inculpati Gartenhause gebracht hätte.

Auf diese Weise erzählte er nicht nur jetzt, sondern auch nachher, aus freyen Stücken mehrere specielle Thatsachen, und bekannte auch, daß Simon die Sachen, welche er demselben aus Geldmangel nicht hätte abkaufen können, mit seinem Wissen auf dem Heuboden seines Hauses versteckt gehabt habe.

Nach geschlossenem Specialverhör wurde dem Inculpaten auf seine dringende Bitte die Hauswache genommen, und ihm gegen die von seiner Schwiegermutter erneuerte Caution bis zum völligen Austrag der Sache bloßer Hausarrest auferlegt.

Inculpat wurde darauf schriftlich vertheidiget, die Acten an die Juristen-Facultät zu Rostock versendet, und von derselben auf lebenslängliche Verweisung aus dem Lande erkannt. Gegen dieses Erkenntniß hat Inculpat das Rechtsmittel der weitern Vertheidigung eingewendet, und in der von einem

andern als seinem bisherigen Defensor eingereichten Defension hat er sein Bekenntniß widerrufen, indem er den Simon immer für einen ehrlichen Mann, dessen Erzählung, daß er ein preußischer Contrebandier sey, für wahr gehalten, und erst, als der Simon das letztemal Morgens früh bey ihm gewesen sey, den Verdacht geschöpft habe, daß die Sachen wol gestohlen seyn möchten.

Die Gründe, womit er seinen Widerruf unterstützt, sind folgende:

1) verursache ihm die Epilepsie, mit der er behaftet ist, gänzliche Besinnungslosigkeit;
2) sey sein falsches Bekenntniß durch Suggestionen und
3) durch Drohungen herausgelocket worden;
4) sey seine Erzählung an sich unwahrscheinlich;
5) sprächen ihn sowohl der Simon, als dessen Gehülfen bey den Diebstählen, von jeder Theilnahme oder Mitwissenschaft einmüthig frey.

Sodann sucht der Defensor einige widrige Vermuthungen, welche aus erwiesenen Thatsachen gegen den Inculpaten entstehen könnten, zu widerlegen, und trägt endlich auf gänzliche Freysprechung an. Inculpat hat die Defensionsschrift unterzeichnet, und seine Unterschrift vor Gericht recognoscirt, auch angegeben, daß sein Defensor die Schrift im Concepte ihm vorgelesen habe.

Noch ist zu bemerken, daß Inculpat, wie aus mehreren in den Acten befindlichen Attesten hervorgeht, sehr kränklich, und besonders mit epileptischen Zufällen behaftet ist.

Was nun das Corpus delicti betrifft, so kann darüber kein Zweifel entstehen. Inculpat selbst ist nie in Abrede gewesen, daß er den Simon zu verschiedenen malen in seinem Hause beherberget, auch

öfters

öfters Sachen von demselben gekauft habe, und diese Sachen sind von den Eigenthümern eidlich als solche anerkannt, welche ihnen durch nächtliges Einsteigen entwendet worden, so wie es auf dem wiederholten Geständnisse des Simon beruhet, daß er mehrere Diebstähle vollbracht, und das gestohlne Gut zum Theil dem Inculpaten verkauft, zum Theil in dessen Hause aufbewahret habe.

Es stehet demnach fest, daß Inculpat gestohlne Sachen gekauft, und in seinem Hause hat aufbewahren helfen, und Diebsgesindel bey sich beherberget hat.

Es ist also nur zu untersuchen, wie weit er dabey eines boshaften oder gefährlichen Vorsatzes für geständig oder überwiesen zu achten sey.

Hierbey kommt hauptsächlich die Frage in Betrachtung, was der Widerruf seines Bekenntnisses, auf dessen Grund er bereits zur Landesverweisung verurtheilt ist, für rechtliche Folgen haben könne. Alle Gründe, womit der Defensor den Widerruf zu rechtfertigen sucht, sind aus der Sache selbst, und nicht etwa aus erst jetzt eingetretenen Umständen und Ereignissen hergenommen. Der Defensor sucht nemlich zu erweisen, daß dem ersten Bekenntnisse alle gesetzliche Erfordernisse eines rechtsgültigen Bekenntnisses mangeln; es muß also die Richtigkeit dieser Behauptung näher geprüft werden.

Zu einem rechtsgültigen Bekenntnisse wird erfordert, daß es überlegt, bestimmt, ernstlich, umständlich und wahrscheinlich, und nicht durch Suggestionen erschlichen sey.

Kleins Criminalrecht, §. 103.

Fast jede dieser Eigenschaften spricht der Defensor des Inculpaten dem Bekenntnisse desselben ab.

Er behauptet nemlich, 1) Inculpat sey durch Besinnungslosigkeit, Schwäche des Verstandes und Mangel an Gedächtniß, zu vielen ihm nachtheiligen Angaben verleitet worden, und hat zu dem Ende ein Atteſt des Doctoris med. Hahn beygebracht, aus welchem hervorgeht, daß nicht nur nach der Meinung bewährter Aerzte die Epilepsie, mit welcher Inculpat behaftet ist, Verstandesschwäche und Verlust des Gedächtnisses nach sich zu ziehen pflege, sondern auch der Arzt selbst diese nachtheilige Wirkung an dem Inculpaten bemerkt habe. Allein hier ist offenbar von einem Mangel des Gedächtnisses die Rede, welcher sich durch Vergessung kleiner Begebenheiten äußert, die weder ein allgemeines Interesse haben, noch auch mit unserm Zustande, mit unserer Denk- und Handelsweise, in einer genauen Beziehung stehen. Eine Vergessenheit, die auch bey Ereignissen der letztern Art sich äußert, würde eine gänzliche Zerrüttung aller Seelenkräfte eines Menschen, eine Bewußtlosigkeit seines ganzen Zustandes voraussetzen, welches doch bey Inculpatem nicht kann angenommen werden.

Nun besteht aber das Ungünstige des ersten Bekenntnisses für den Inculpaten nicht etwa in dem Zugeständniß einer einzelnen Handlung, sondern in dem Bekenntnisse eines Urtheils, welches er vor nicht gar langer Zeit gefällt hatte, und welches ihn zu einer ganzen Anzahl von einzelnen Handlungen bestimmte, deren er sich noch genau zu erinnern weiß.

Wenn man daher auch annehmen wollte, daß ihm in Rücksicht seines Uebels manche falsche Angaben

gaben nicht zuzurechnen wären: so kann doch deshalb sein ganzes Bekenntniß nicht für übereilt und unüberlegt gehalten werden, zumal wenn es in Rücksicht der übrigen Erfordernisse zur Gültigkeit nicht angefochten werden könnte. Es entsteht daher die Frage, wie weit die Behauptung des Defensors, daß das Bekenntniß durch Suggestivfragen und Drohungen sey erpreßt worden, als richtig angenommen werden könne.

Was nun also 2) den dem Specialverhör gemachten Vorwurf betrifft, daß es Suggestionen enthalte: so kann man denselben nicht als gegründet betrachten, da die Fragstücke, welche auf den ersten Anblick eine Suggestion zu enthalten scheinen, und auch als solche von dem Defensor sind ausgeworfen worden, darin übereinkommen, daß sie nicht specielle Thatsachen in sich begreifen, sondern theils den Inculpaten auffordern, zu bekennen, ob er nicht ein Urtheil gefällt habe, welches er unter den vorhandenen Umständen und bey der Uebereinstimmung mehrerer von ihm eingestandenen Thatsachen vernünftigerweise fällen mußte, theils ihn veranlassen sollten, anzugeben, ob ihm zu einer gewissen Zeit, übrigens in den Acten erwiesene, Thatsachen bekannt gewesen seyn. Wenn man nun zwar mit

Kleinschrod Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte, Abhandl. 2. §. 1.

nicht unbedingt annehmen kann, daß zum Wesen einer Suggestion die Vorhaltung specieller Umstände des Verbrechens oder Nennung eines besondern Namens erfordert werde, indem es sich denken läßt, daß jemand, dem es an der Fertigkeit mangelte, sich die Beweggründe seiner Handlungen deutlich zu denken, durch Suggestion zu dem Geständniß einer Absicht verleitet würde, welche unter den vor-

vorhandenen Umständen zwar wahrscheinlich wäre, die der Angeschuldigte aber wirklich nicht gehabt hätte: so besteht doch der Nachtheil der Suggestivfragen hauptsächlich darin, daß dem Angeschuldigten dadurch Umstände des Verbrechens bekannt werden, die er vielleicht selbst nicht wußte, und er dadurch in den Stand gesetzt wird, entweder den Richter noch mehr zu hintergehen, oder ein Verbrechen zu bekennen, das er nie begangen hat.

Kleinschrod l. c. §. 6.

Dies ist aber alsdann nicht zu befürchten, wenn von einem Umstande die Rede ist, über welchen der Angeschuldigte ganz allein Auskunft geben kann, er mag der Verbrecher seyn oder nicht.

Dahin gehört nun ein eigenes deutliches Bewußtseyn, und ein schon vorher über eine gewisse Begebenheit, die nicht blos nach seinem Geständnisse, sondern auch anderweitig als erwiesen angesehen werden kann, gefälltes Urtheil, wenn dieses Urtheil durch den bloßen Gemeinsinn bestimmt wird, und nicht, wie die Aeußerung über die Bewegungsgründe der Handlung, welche oft nur sehr undeutlich vorgestellt und allererst durch ein darauf folgendes Nachdenken weiter entwickelt werden, psychologische Kenntnisse und Scharfsinn erfordern. Dies kann ihm ohne Gefahr bestimmt vorgehalten werden, zumal da in den meisten Fällen eine bestimmte Frage das einzige Mittel seyn wird, etwas zu erforschen, was im Innern des Verbrechers vorgegangen ist. Dazu kommt, daß es überhaupt dem Richter erlaubt seyn muß, durch eine bestimmte Frage gleichsam festen Fuß zu fassen; um nicht durch unbestimmte Antworten des listigen Inquisiten von dem Hauptpuncte abgeleitet zu werden,

und

und diese Maaßregel wird um so weniger von übeln Folgen seyn, je mehr der Richter nachher bey Erforschung specieller Thatsachen sich vor Suggestionen zu hüten sucht.

Kleinschrod a. a. O. §. 4.

So wenig es daher würde zu billigen gewesen seyn, wenn im gegenwärtigen Falle dem Inculpaten alle die Umstände bestimmt wären abgefragt worden, aus welchen der Verdacht gegen ihn entstand, daß ihm wohlbekannt gewesen sey, Diebesgesindel beherberget, und gestohlne Sachen gekauft zu haben, so wenig kann es dem Gericht zum Vorwurf gereichen, daß es dem Inculpaten, mit Beziehung auf die ausgemittelten Thatsachen, bestimmt vorhielt, ob ihm die Erzählung des Simon nicht gleich verdächtig vorgekommen, ob ihm nicht der Gedanke eingefallen sey, daß der Simon die Sachen müsse gestohlen haben. Auch kann diese Verfahrungsart im gegenwärtigen Falle das Bekenntniß des Inculpaten um so weniger verdächtig machen, da theils auf einige von dem Defensor als suggestiv ausgehobene Artikel gar kein Geständniß erfolgt ist, theils Inculpat bey derjenigen Frage, die sein Hauptbekenntniß veranlaßte, wie schon oben bemerkt worden, ganz speciell seine Verfahrungsart, und die Gründe, warum er so und nicht anders verfahren, aus freyen Stücken angiebt.

Was nun ferner 3) den schon oben erwähnten Umstand betrifft, daß das Hauptbekenntniß des Inculpaten, laut dessen er will gewußt haben, daß die von ihm aus seinem Gartenhause nach der Stadt geholten Sachen gestohlen gewesen seyn, zu einer Zeit erfolgte, als man ihm mit Gefängniß gedrohet hatte, wenn er ferner leugnen würde: so ist nicht zu leugnen,

daß

daß das Geständniß durch diese Drohung an seiner Glaubwürdigkeit verlohren hat. Es ist zwar gewiß, daß dem Richter in der Regel alle Mittel, die Wahrheit zu erforschen, erlaubt seyn müssen, und daß er allerdings befugt sey, den hartnäckigen Lügner nachdrücklich zu bestrafen. Dies ist um so weniger alsdann zu bezweifeln, wenn der Angeschuldigte, wie im gegenwärtigen Falle, die dem Richter gebührende Achtung dadurch verletzt, daß er Antworten giebt, welche eigentlich keine Antwort enthalten. Allein auf der andern Seite ist es zu gefährlich, dem Inquirenten geradehin die Befugniß zuzugestehen, während des Laufs der Untersuchung und ohne vorhergängiges Erkenntniß, oder Erlaubniß der Vorgesetzten, den Inculpaten, selbst für erwiesene Unwahrheiten, eigenmächtig zu bestrafen, oder ihm ein bestimmtes Uebel für künftige Lügen anzudrohen.

Denn wenn es gleich die Pflicht des Inquirenten ist, den Inculpaten im Allgemeinen daran zu erinnern, daß er durch Unwahrheiten seinen Zustand nur verschlimmern werde, so hat doch die Androhung einer bestimmten und nahen Strafe die Folge, daß der Unschuldige dadurch zu dem Bekenntnisse eines nicht begangenen Verbrechens verleitet werden kann, indem die Vorstellung des nahen Uebels auf den furchtsamen und schwachen Inculpaten stärker wirkt, als die dunkle Ahndung der noch weit entfernten Strafe, welche er wegen des Verbrechens, das er gesteht, erwarten müßte.

Dessen ungeachtet kann aber im gegenwärtigen Falle nicht angenommen werden, daß das Bekenntniß wegen der vorhergegangenen Drohungen als gar nicht existirend zu betrachten sey, vielmehr

muß

muß dasselbe immer noch als ein Indicium gegen den Inculpaten in Anschlag gebracht werden,

Kleins Criminalrecht, §. 105.

zumal da 4) es aus allen Umständen wahrscheinlich ist, daß das Vorgeben des Inculpaten, er habe nicht gewußt, daß die Sachen gestohlen gewesen, ungegründet sey. Denn

a) ist er ein Mensch, zu dem man sich der That wohl versehen kann. Geständlich ist er durch schlechte Lebensart dahin gekommen, daß er wegen muthwilligen Bankerutirens hat zur Untersuchung gezogen werden müssen. Es erhellet aus den jetzigen Untersuchungs-Acten, und beruhet auf seinen eigenen freywilligen Geständnissen, daß er noch jetzt die Besuchung der Wirthshäuser liebt, dem Trunke ergeben ist, und sein Hauswesen vernachlässiget. Gerade eine solche Lebensart ist es, welche theils gegen den Character der Personen, mit welchen man umgeht, gleichgültig, theils zu solchen unerlaubten Handlungen geneigt macht, welche zwar den Zustand im Ganzen nicht verbessern, sondern nur einzelne Genüsse gewähren, dagegen aber auch wenig Muth und Unternehmungsgeist erfordern.

b) Konnte dem Inculpaten der Simon nicht anders als verdächtig vorkommen. Er kam zu unbestimmten Zeiten und ohne besondere Veranlassung nach Neu-Brandenburg, und verließ es wieder; er kam des Morgens früh, wenn es noch dunkel war, ins Schulzische Haus, und ging bey Abend wieder weg. Dies alles characterisirt ihn als einen Landstreicher, der keinen bestimmten Wohnsitz hat, und kein ordentliches Gewerbe treibt, und selbst die Angabe, daß er ein vertriebener preußischer Contrebandier sey, konnte ihn theils an sich nicht als einen

Menschen darstellen, mit welchem Inculpat ohne Gefahr in Verkehr treten durfte, theils mußte Inculpat in Simons Betragen manches antreffen, was ihn über die Richtigkeit jener Angabe zweifelhaft machen konnte. Es ließ sich alsdann nicht wohl begreifen, warum der Simon mit den Sachen, welche er als sein Eigenthum aus dem Preußischen wollte gerettet haben, so heimlich that.

In dieser Rücksicht macht vornemlich ein Umstand, welchen Inculpat zu seiner Vertheidigung zu nützen sucht, ihn in einem hohen Grade verdächtig.

Er will nemlich daraus, daß der Simon sich heimlich einen Schlüssel zu seinem Gartenhause hätte machen lassen, dessen er sich, wenn er Sachen dahin brachte, bediente, darthun, daß er an den Diebereyen keinen Antheil gehabt habe; allein er hat sich nirgends darüber gerechtfertigt, weshalb er den Simon nicht theils über die Art, wie er zu seinem Gartenhause habe gelangen können, befragt, theils über die willkührliche Benutzung desselben überhaupt zur Rede gesetzt habe. Dazu kommt nun,

c) daß der Simon wiederholentlich sowohl bey seinem Verhör zu Lychen, als auch nachher zu Cüstrin, angegeben hat, daß Inculpat an dem Abend des Tages, wo er ihm Nachricht von den Sachen gegeben, die sich in seinem Gartenhause befänden, für einen zweyspännigen Wagen gesorgt habe, und daß sie die Sachen gemeinschaftlich hereingeholet hätten. Eben so erzählt auch Simon besonders in dem Verhöre zu Cüstrin, daß er zu Fuß nach dem Gartenhause gegangen, und der Schulz mit dem Wagen nachgekommen sey. Dieser Umstand läßt mit Grund auf eine vorher zwischen dem Simon und dem Inculpaten getroffene Verabredung

schlie-

schließen, in welcher der erstere dem letzteren die Gründe, weshalb sie vorsichtig verfahren müßten, auseinandergesetzt hatte, und dies schwächt auch die günstige Vermuthung sehr, welche für den Inculpaten aus den wiederholten Behauptungen des Simon entspringt, daß er dem Schulz nie gesagt habe, daß die Sachen gestohlen wären.

Nach allem diesem kann man also nicht annehmen, daß Inculpat den Widerruf seines ersten Geständnisses gerechtfertiget habe, und es würde dasselbe ohne Bedenken für gültig angenommen werden müssen, wenn nicht die vorhergegangene Drohung einen Theil seines Specialverhörs verdächtig machte. Indeß kann doch, wie schon oben bemerkt worden, das darin enthaltene Geständniß keinesweges als gar nicht existirend, sondern es muß immer noch als ein Indicium gegen den Inculpaten betrachtet werden.

Dagegen ist kein Grund vorhanden, dem vorhergehenden Bekenntnisse des Inculpaten die volle Gültigkeit abzusprechen.

Es könnte zwar scheinen, als ob die schon im Protocoll vom 29 Dec. 1796. enthaltene Drohung mit körperlicher Züchtigung, wofern er die Lügen fortsetzen würde, auch alle seine folgende Geständnisse verdächtig machen müßte. Allein es ist nicht denkbar, daß diese Drohung ihm am 3ten März, wo sein Specialverhör anfing, noch sollte so gegenwärtig gewesen seyn, daß er dadurch zu unwahren Angaben wäre verleitet worden.

Nun enthält aber eben das Specialverhör bis zu dem Zeitpuncte, wo er mit dem Gefängnisse bedrohet wurde, Geständnisse, nach welchen allein er schon für strafwürdig muß gehalten werden.

Er bekennt nemlich, daß ihm der Simon verdächtig vorgekommen; daß ihm angedeuchter habe, daß die von ihm hereingeholten Sachen gestohlen seyn; daß er seinen Federhandel zu verbergen gesucht, weil er wol gemerkt habe, daß es mit den vom Simon gekauften Betten nicht richtig sey; und gleichwohl beherbergte er den Simon noch ferner ohne Wissen und Erlaubniß der Obrigkeit, war ihm auf alle Weise behülflich, das gestohlne Gut zu verbergen und Nutzen daraus zu ziehen.

Wenn man daher auch nicht annehmen kann, daß er des Verbrechens, wissentlich Diebsgesindel beherberget und gestohlne Sachen an sich gekauft zu haben, vollkommen geständig oder überführt sey: so ist doch soviel gewiß, daß er wenigstens einen gefährlichen Vorsatz gehabt, d. h. daß er sich die Gesetzwidrigkeit seiner Handlung, als möglich, deutlich gedacht habe.

Kleins Criminalrecht, §. 122.

Wenn man daher auch die Anzeigen, welche einen noch höhern Grad des bösen Vorsatzes bey ihm voraussetzen lassen, nicht weiter in Rechnung bringt: so muß er doch als ein Mensch betrachtet werden, gegen welchen das gemeine Wesen Sicherheitsmaaßregeln zu treffen berechtiget ist, und dies um so mehr, da er selbst bey seinem jetzigen Widerrufe nicht in Abrede stellen kann, schon dadurch, daß er ohne Erlaubniß der Obrigkeit ihm unbekannte Leute beherberget hat, nach dasigen Landesgesetzen sich strafwürdig gemacht zu haben.

Es könnte daher scheinen, als ob das erste Erkenntniß lediglich hätte bestätiget werden müssen. Allein man muß dagegen in Betrachtung ziehen, daß die Landesverweisung für den Inculpaten eine un-

gleich härtere Strafe seyn würde, als für viele andere Verbrecher.

Denn erstlich steht überhaupt der Verlust, welchen ein mit Vermögen und Gewerbe angesessener Bürger durch die Landesverweisung, die ihn aus allen seinen Verhältnissen herausreißt, erleidet, mit dem Uebel in gar keinem Verhältniß, welches einem Vagabunden, den nichts an einen besondern Aufenthalt fesselt, durch diese Strafe zugefügt wird.

Dazu kommt nun zweytens der bedaurenswürdige Zustand, in welchem sich Inculpat in Rücksicht seiner Gesundheit befindet. Sein siecher Körper, welcher ihn schon bisher an einer ordentlichen Betreibung seines Gewerbes gehindert hat, würde ihn im Auslande mehr als jeden andern außer Stand setzen, sich auf eine rechtliche Art zu ernähren, und es ließe sich daher mit Wahrscheinlichkeit voraussehen, daß er zu neuen Verbrechen seine Zuflucht nehmen würde. Und hierbey verdienen die Zweifel vorzügliche Rücksicht, welche Kleinschrod

in der systematischen Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, Th. III. §. 45. 46.

theils darüber, ob die Landesverweisung den Zweck der Strafe, Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft, überhaupt erfülle, theils darüber äußert, ob sie in Deutschland als zulässig könne betrachtet werden, da durch dieselbe die Verbrecher aus einem Lande in das andere geschafft, und so dem Zwecke des gemeinschaftlichen deutschen Fürstenvereins entgegengehandelt würde.

Es ist daher zweckmäßiger, wo es thunlich ist, anstatt der Landesverweisung solche Maaßregeln zu

treffen, wodurch dem Verbrecher der Weg sich zu bessern, und noch ein nützliches Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft zu werden, nicht versperrt wird, und er zugleich Bewegungsgründe erhält, sich vor künftigen Vergehungen zu hüten.

Da nun im gegenwärtigen Falle, nach dem, was in der vorausgeschickten Geschichte des Processes bereits bemerkt worden, zu vermuthen ist, daß Inculpat aus dem Vermögen seiner Schwiegermutter, wegen seiner künftigen bessern Aufführung eine annehmliche Caution zu bestellen im Stande seyn werde: so hat eine solche Cautionsleistung der Landesverweisung um so eher vorgezogen werden müssen, da durch dieselbe auch seine Angehörigen ein besonderes Interesse erhalten, ihn vor künftigen Fehltritten zu bewahren.

Nun ist aber einestheils nichts so sehr geschickt, von einem wüsten unordentlichen Leben, welches doch als die erste und hauptsächlichste Veranlassung zu den Vergehungen des Inculpaten betrachtet werden muß, zurückzubringen, als die stets erneuerten Bemühungen der Familiengenossen; anderntheils muß es für den Inculpaten noch einen besondern Grund zur Besserung abgeben, wenn er fürchten muß, durch neue Verbrechen seinen Verwandten, außer den übeln Folgen, welche seine Bestrafung überhaupt für sie haben würde, noch einen beträchtlichen Vermögensverlust zu verursachen.

Es läßt sich daher mit Grunde erwarten, daß die erkannte Cautionsleistung nicht allein das Publicum hinlänglich gegen den Inculpaten sichern, sondern auch ihn selbst bessern, mithin den doppelten Zweck der Strafe erreichen werde.

Auf der andern Seite hat nun aber diese Cautionsleistung auf eine bestimmte Zeit eingeschränkt wer-

werden müssen. Denn erstlich würde jedermann billig Bedenken tragen, auf die Lebenszeit eines andern für denselben sich zu verbürgen, und zweytens muß auch angenommen werden, daß die widrige Vermuthung, welche jetzt Sicherheitsmaaßregeln gegen den Inculpaten nothwendig macht, durch eine dreyjährige gute und regelmäßige Aufführung desselben hinlänglich ausgetilgt werden könne.

Uebrigens war es nothwendig, dem richterlichen Gutbefinden eine, bewandten Umständen nach, zu bestimmende Ermäßigung der Cautionssumme und die frühere Wiederaufhebung derselben zu überlassen, weil einestheils Inculpat nicht der Gefahr ausgesetzt werden konnte, wegen eines vielleicht unbeträchtlichen Abganges an der im Urtheile bestimmten Summe des Landes verwiesen zu werden, und anderntheils sich mit gutem Grunde erwarten läßt, es werde die ihm eröffnete Aussicht, daß es nur von ihm abhange, wie bald er wieder als ein ganz unverdächtiges Mitglied der Gesellschaft wolle anerkannt werden, ihm immer neuen Muth verleihen, das angefangene Geschäfft der Besserung zu vollenden.

Aus diesen Gründen sind wir so, wie im Urtheil geschehen, zu erkennen bewogen worden.

XVIII.

Das Schiff: Anne Elisabeth, welches von Udewalla nach Port-Mahon bestimmt war, wird in Lübeck nebst Ladung und Frachtgeldern versichert, muß wegen See-Beschädigung in den Haven zu Dover einlaufen, wird dort ausgebessert, verbodmet, und reassecurirt, wird aber gleich nach dem Auslaufen aus dem Haven zu Dover von neuem so beschädigt, daß es nach der Rückkehr in diesen Haven, als Wrack verkauft werden muß.

---

1) Eine Protestation wegen der Folgen kann sich in der Regel auf dasjenige nicht beziehen, was nachher mit beider Theile Einwilligung ohne weitern Vorbehalt geschehen ist.

2) Der Versicherte kann nicht genöthigt werden, mit dem zufrieden zu seyn, was ohne Zuziehung seiner von dem Reassecurirenden vergütet worden, wenn sich auch der Versicherer zum Abschluß des Reassecuranz-Vertrages des Machthabers des Versicherten bedient, und dabey gegen diesen mandatarium des Versicherten erklärt hat, daß er den Reassecuranz-Vertrag deswegen schließe, weil er sich dadurch von aller fernern Gefahr befreyen wolle.

3) Der Abandon ist beym Totalschaden Rechtens.

4) Wenn zwar ein Theil der versicherten Sachen gerettet ist, die Reise aber nicht fortgesetzt wird, ist nach Französischen Gesetzen ein Totalschaden vorhanden.

5) Bey den Engländern wird es für einen Totalschaden gehalten, und der Abandon erlaubt, wenn die Bergungskosten den halben Werth der Sache übersteigen.

6) Sobald etwas gerettet wird, ist in der Regel, besonders in Lübeck, eine Dispache nöthig.

7) Stranden heißt, auf dem Grunde sitzen bleiben; Stoßen auf den Grund aber bedeutet eine vorübergehende Berührung des Grundes.

8) Eine vorübergehende Berührung des Grundes ist vorhanden, wenn die Abbringung vom Grunde nicht durch eine von außen mitgetheilte Bewegung, sondern durch die Kräfte der im Schiffe befindlichen, obgleich verstärkten Mannschaft, und durch neue Masten und Segel geschieht.

Nach Lübeck an Bürgermeister und Rath.

Auf eingewandtes Rechtsmittel der Revision und Actenversendung, und die zu dessen Rechtfertigung und Widerlegung gewechselten Sätze in Sachen Gäder; et Compagnie, Beklagten, jetzt Impetranten, an einem, wider Johann Engelbert Beel, mandatario nomine Hammer et Brunjansion zu Udewalla, Kläger, jetzt Impetraten, am andern Theile, puncto versicherten Casco und Ladung des Schiffes Anne Elisabeth, Schiffer Hans Knape; Erkennen wir Bürgermeister und Rath der ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen soviel zu befinden, daß Beklagte, jetzige Impetranten, zur Zeit noch nicht schuldig, die li-

bellirten Summen nach Abzug der in den Händen des mandatario nomine Klägers sich bereits befindenden 104 Pfund 18 ßl. 9 Pence Sterling an Kläger samt Verzugszinsen von Zeit zwey Monat nach angedeutetem Schaden und denselben kundgewordenem Verkauf des Schiffes und der Ladung gegen Auslieferung der Policen zu bezahlen, vielmehr das am 10ten Jun. 1796. eröffnete Erkenntniß dahin zu ändern, daß Kläger zuvörderst den am Schiffe und der Ladung, jedoch mit Ausschluß der Heringe, erlittenen Schaden durch Beybringung einer ordnungsmäßigen durch den geschwornen Dispacheur des Orts gefertigten Dispache, in welcher das, was Beklagte an Haverey und Kosten zu tragen schuldig sind, näher zu bestimmen ist, nachzuweisen gehalten; worauf sodann ferner sowohl in der Hauptsache, als auch wegen Vergütung der künftigen Proceßkosten ergehet, was Recht ist. Mit der geforderten Vergütung des Verlustes an den Heringen aber ist Kläger gänzlich abzuweisen, und bedarf es daher des in dem vorigen Erkenntnisse dem Beklagten nachgelassenen Beweises nicht. Uebrigens hat es bey der schon im vorigen Urtheil erkannten Abrechnung der hinter Klägern befindlichen Verkaufsgelder sein Bewenden. Die bisher aufgelaufenen Kosten werden aus bewegenden Ursachen gegen einander verglichen und aufgehoben. Von Rechts wegen.

Geschichtserzählung und Gründe.

Am 3ten May 1795. trug Johann Engelbert Beel in Lübeck den dasigen Assecuradeurs Gäderz und Compagnie die Versicherung des Schiffes Anne Elisabeth an, welches unter der Führung des Schiffers

fers Hans Knape von Udewalla nach Port Mahon bestimmt war. Das Casco des Schiffes wurde auf eine Summe von 3750 Mark Courant, die Frachtgelder der vorhabenden Reise auf 1875 Mark Courant, und die Ladung, welche aus Brettern, Heringen, Theer und Eisen bestand, auf 3000 Mark Courant versichert.

In Ansehung der Heringe wurde die Clausel hinzugefügt: Fische frey, von Beschädigung außer Stranden.

Der vorgenannte Beel zeigte sogleich an, daß die Assecuration für fremde Rechnung geschehe, und es wurden über die vorgenannten Gegenstände besondere Policen unter dem 3ten May 1793. ausgefertiget; zufolge welcher das für Rechnung des Hammer und Brunjansion zu Udewalla ausgerüstete und befrachtete Schiff am 18ten April desselben Jahres mit gutem Wind abgegangen war. Aber der Sturm und die dadurch erhaltene Beschädigung nöthigte dasselbe, zufolge einer unter dem 2 May 1792. aufgenommener Verklarung, in den Haven zu Dover einzulaufen. Die Verklarung selbst wurde nebst den wegen Besichtigung des Schiffes und der ungefähren Schätzung des Schadens aufgenommenen Documenten unter dem 6ten May an die Eigenthümer des Schiffes und der Ladung nach Udewalla gesendet. Obgleich der erlittene Schade nicht genau geschätzt werden konnte, als welches ohne das Schiff auszuladen nicht möglich war; so hielt man doch den Schaden für so groß, daß die Versicherten nicht Lust hatten, die Reise fortzusetzen, und bey Andienung (Bekanntmachung) der Haverey dem Assecuradeur den Antrag thaten, daß sie Schiff und Ladung für ihre Rechnung nehmen, und zu Dover verkaufen lassen sollten. Die Versicherer

hielten es weder für Pflicht, noch für dienlich, diesen Antrag anzunehmen. Vielmehr schrieben sie unter dem 7ten May 1793. zurück, daß im vorliegenden Falle kein Abandonniren stattfinde, daß die Eigener die zur Reparatur nöthigen Gelder vorschießen müßten, und fügten hinzu:

Auch schreiben wir heute an die Herrn George Wilhelm Soltaus Wittwe et Compagnie in London, welche wir als brave und in solchem Fall als sehr bewanderte Leute kennen, dieserwegen die nöthige Untersuchung, Taxirung des Schadens, Aufgabe der Averie-Kosten ꝛc. baldmöglichst zu besorgen, wornach wir denn sogleich den Schaden hier reguliren und abmachen können. Dazu werden Herr Beel sich denn umgehend von Ihren Freunden die nöthige Vollmacht geben lassen, damit sogleich nach Eingangs erwähnter Documente solches geschehen können.

Beel meldete diesen Entschluß der Versicherer an Fector et Minet in Dover, welche die Angelegenheiten des Schiffs zum Besten der Eigener besorgten.

Hierauf ertheilten Fector et Minet in Dover unter dem 4ten Jun. desselben Jahres Soltau's Wittwe et Compagnie in London die Nachricht, daß das bereits am 6ten May aufgenommene Document nach Udewalla abgegangen sey.

Inzwischen waren die Versicherer mit den Versicherten in Unterhandlung getreten, und erstere hatten sich durch eine Vergütung in Pausch und Bogen des ganzen Handels zu entschlagen gesucht. Diese Unterhandlungen zerschlugen sich aber, und die Versicherer schrieben unter dem 15 Jul. 1793. folgendes an Beel:

Wir

Wir geben heute des Herrn Soltaus Wittwe et Compagnie in London unsern Entschluß wegen des Schiffes von Hans Knape; was die ordiniren, muß befolgt werden, und dazu werden Herr Beel denn heute die nöthige Verfügung machen. Wir protestiren unterdessen gegen die nicht in rechter Zeit producirten Taxations-Instrumente und wegen aller daraus erwachsenen Folgen.

Zuletzt protestirten sie gegen die außerordentlich hohen Lootsengelder.

Wie vorher bemerkt worden, hatte die erste Schadens-Abschätzung nur sehr oberflächlich ausfallen können, weil die Ausladung des Schiffes, ohne welche eine genauere Besichtigung nicht möglich war, wegen der damit verbundenen Kosten noch mangelte, auch dabey auf die Waaren selbst noch keine Rücksicht hatte genommen werden können. Diese Ausladung und nähere Besichtigung wurde nun nach Vorschrift der Soltauschen Wittwe et Compagnie bewerkstelliget, als wozu der Mandatarius der Eigener, Beel, unter dem 3ten Juny an Fector et Minet den Auftrag ertheilt hatte.

Soviel ist indessen gewiß, daß am 20 Aug. 1793. wegen Wiederherstellung des Schiffes noch keine bestimmte Ordre ertheilt war; weshalb der Schiffer Hans Knape an eben diesem Tage wegen des Aufenthalts einen Protest aufnehmen ließ. Damit die zur Reparatur des Schiffes nöthigen Gelder herbeygeschafft werden möchten, wurde ein Bodmerey-Vertrag geschlossen, wozu Soltau's Wittwe et Compagnie für Rechnung der Versicherer 250 Pfund Sterling, Beel aber für Rechnung der Versicherten 459 Pf. 8 Sh. 7 Pence. vorstreckten. Die

Prämie

Prämie betrug, zu 45 Procent gerechnet, 319 Pf. in Schillingen Sterling.

Ueber dieses wurde noch von den Versicherern eine Reassecuranz auf das ganze Casco, Ladung und Frachtgelder zu und von Dover bis Port Mahon aufgenommen, und der Mäkler Cossel bediente sich dabey des Ausdrucks:

> damit die Herren Gäderz und Compagnie nach der Abreise des Schiffes von Dover keinen Risico ferner laufen.

Nachdem das Schiff ausgebessert, und wie vorher erzählt, verbodmet, assecurirt und reassecurirt war, machte es sich von neuem auf den Weg, und lief am 6ten November 1793. um halb 12 Uhr aus dem Haven in die See. Allein um 11 Uhr des Abends wurde das Schiff plötzlich von einem Wirbelwind aus Norden ergriffen, und dergestalt auf die eine Seite geworfen, daß Masten und Segel im Wasser lagen, und man das gänzliche Umschlagen des Schiffes erwartete. Man beschloß hierauf, die Stangen der großen Raa zu kappen, und obgleich nach gebrochenem Hauptmast gedachtes Schiff sich gleich wieder gehoben hatte, so ging doch der Hauptmast, der große Obermast, die große Bramstange nebst dem übrigen zum großen Maste gehörigen Segelwerke und Tackelage verlohren, auch war die Backbordsrinne und Backbordsseite sehr beschädiget. Am 7ten desselben Monats um 4 Uhr Morgens wurden, nachdem das Wrack aus dem Wege geschafft worden, die Pumpen probiret, wozu vorher keine Zeit und Gelegenheit gewesen war, da man denn eine Menge Wasser im Schiffe vorfand, welches während der Zeit, daß das Schiff auf der Seite gelegen, hineingelaufen war. Das Pumpen

pen beschäfftigte sie bis spät in die Nacht, und am 8ten des Morgens wurde ein Nothmast befestiget. Durch eine glückliche Wendung des Windes wurde das Schiff, von der Französischen Küste ab, nach der Englischen hingetrieben; allein als sich selbiges dem Leuchtthurm von Dungerneß in einer Entfernung von ungefähr 3 Holländischen Meilen genähert hatte, wurde es durch einen Wind aus Süden und Südost so nahe auf die Küste getrieben, daß man bey Werfung des Senkbleyes nur 12 Faden Wasser fand. Damit nun das Schiff nicht an die Küste getrieben würde, wurden zwey Anker ausgeworfen. Ehe aber dieses noch bewerkstelliget werdtn konnte, stieß das Schiff auf den Grund. Obgleich eine Laterne als Nothzeichen oben angebracht wurde; so ging doch die See so hoch, daß keine Hülfe erlangt werden konnte. Unter beständigen sehr harten Stößen blieb das Schiff in dieser mißlichen Lage bis ungefähr um 4 Uhr des darauf folgenden Morgens, wo alsdann ein Boot nebst Lootsen und Mannschaft zur Hülfe herbeykam. Inzwischen war die Fluth eingetreten, und es wurde durch Hülfe der herbeygeeilten Mannschaft das Schiff wieder flott gemacht, indem man den weitesten in der See liegenden Anker gelichtet, das Tau des andern Ankers aber gekappt hatte. Hierauf erhielt das Schiff vom Lande Mast und Segel, und wurde dadurch in den Stand gesetzt, am 9ten desselben Monats, Nachmittags um 2 Uhr, wieder in Dover einzulaufen. Noch an demselben Tage wurde darüber im gedachten Haven eine Verklarung aufgenommen.

Das Schiff wurde mit Bewilligung der Versicherer für unfähig zur Fortsetzung der Reise erklärt, und darüber eine Condemnations-Acte unter dem 10ten Febr. 1794. ausgefertiget. Zufolge

dieser

dieser Condemnations-Acte wurde Schiff und Ladung am 18ten Febr. 1794. zusammen für 414 Pf. 18 ßl. 9 Penc. Sterl. verkauft, so daß nach Abzug der Kosten und Lasten nur 98 Pf. 18 ßl. 9 Penc. Sterl., aber mit Beyrechnung der zurückerhaltenen 6 Pf. Sterl. Light datier 104 Pf. 18 ßl. 9 Penc. Sterlinge übrig blieben. Dagegen erhielten die Versicherer von den Reassecuradeurs 271 Pf. 12 ßl. Sterl. oder 4400 Mark, welche die Versicherer den Versicherten gegen Auslieferung der Policen anboten; wobey zu bemerken ist, daß die Reassecuradeurs in England die verdorbenen Heringe, welche blos als Ballast mit dem Schiffe verkauft wurden, nicht mit vergütet hatten, daß aber dagegen nach Behauptung der Versicherer die Bodmereygeber nach Englischen Gesetzen an die Ausbeute des Wracks und der beschädigten Ladung keinen Anspruch machen konnten.

Da vorgedachtes Anerbieten der Versicherer von den Versicherten nicht angenommen wurde, sondern diese vielmehr die Ersetzung eines Totalschadens von 8625 Mark verlangten: so entstand hierüber ein Rechtsstreit, in welchem der vorgenannte Beel, als Machthaber der Versicherten, zuerst extrajudicialiter supplicirte, und zwar dergestalt, daß er sämtliche Assecuranzforderungen zusammenfaßte.

Auf eben die Art wurde auch diese Sache bey Sr. Magnificenz, dem dirigirenden Herrn Bürgermeister in Lübeck, angebracht, und nach vergeblich versuchter Güte geschah auch die Rechtslosgebung in Ansehung sämtlicher Assecuranzforderungen auf einmal. In den eigentlichen Weg Rechtens wurde aber die Sache auf die Art eingeleitet, daß die beiden Forderungen, welche das Schiff und die La-

dung

dung betrafen, in der einen, der Streit über die versicherten Frachtgelder aber in einer andern Klage angebracht wurden.

In dieser Sache, welche sowohl die Versicherung des Casco des Schiffes, als die Ladung betrifft, wurde die Klage nicht nur durch die Original-Policen, sondern auch durch verschiedene theils abschriftlich, theils im Original beygebrachte Beylagen unterstützt, und die Bitte hinzugefügt:

die beklagten Assecuradeurs in causa summaria schuldig zu erkennen, die versicherte ex instrumentis guarentigionatis paratam executionem habentibus liquidirte Summe der 6750 Mark, benebst den Zinsen, die nach Maaßgabe der Hamburgischen Assecuranz-Ordnung seit 2 Monaten nach angedeutetem Schaden mit 5 pro Cent zu berechnen stehen, gegen Einlieferung der Policen an Klägern zu bezahlen, ihm auch die durch diesen Rechtsgang verursachten Kosten zu erstatten.

Auf den Fall aber, daß etwa auf die künftigen weit aussehenden Einwendungen der Beklagten wider Vermuthen Rücksicht genommen werden sollte, wurde auf einstweilige gerichtliche Niederlegung der eingeklagten Summe angetragen.

Dieser Klage, welche von dem mehrmals erwähnten Beel im Namen des Hammer et Brunjansion in Udewalla, als der Versicherten, war angestellt worden, setzten die beklagten Versicherer nicht nur die dilatorische Einwendung entgegen, daß einestheils Sachen, welche zusammengehörten, unschicklich getrennt worden, und anderntheils die Vorlegung der Originalien von den beygebrachten Abschriften noch mangelten, sondern sie excipirten auch in der Hauptsache, daß der erste Schade,

welchen das Schiff vor seiner Einfahrt in den Haven zu Dover erlitten, durch die aufgenommene Bodmerey reichlich ersetzt worden, derjenige Schade aber, welcher dem Schiffe nach seinem Auslaufen aus dem Haven zu Dover zugestoßen, durch die eigene Schuld der Versicherten oder ihres Machthabers entstanden sey, weil sie die Reise durch widerrechtlich beabsichtigtes Abandonnement und durch die deswegen zurückgehaltenen Documente, ohne welche Beklagte ihren Entschluß nicht hätten nehmen können, bis zum 6ten November, als der stürmischen Jahreszeit, verzögert hätten. Sie fügten hinzu, daß selbst in dem Falle, daß die Versicherten für befugt gehalten werden könnten, den Ersatz des erlittenen zweyten durch ihre eigene Schuld entstandenen Schadens zu fordern, sie auch dieserhalb durch das Anerbieten der Beklagten, ihnen die aus der Reassecuranz erhaltenen Gelder zu überlassen, hinlänglich befriediget seyn würden. Denn in Ansehung der Heringe, wofür die Reassecuradeurs nicht hafteten, welche ohnedies schon beym Auslaufen des Schiffes aus dem Haven zu Dover verdorben gewesen, finde auch von Seiten der Versicherten kein Anspruch statt, weil die Versicherer ohnedies in Rücksicht der Fische nur den durch Strandung verursachten Schaden übernommen hätten, hier aber keine Strandung vorhanden sey; auch sey die Reassecuranz mit Zuziehung ihres Machthabers und durch dessen Mitwirkung aufgenommen worden, um die Versicherer von fernerer Gefahr zu befreyen. Ueberdies hätten die Versicherten 104 Pf. 18 ßl. 9 Penc. Sterling als netto Provenue des Schiffs- und Ladungs-Verkaufs wirklich erhalten, welche daher auf alle Fälle von ihrer Forderung abgerechnet werden müßten. Hierzu

komme

komme noch, daß den Bergern bey dem ersten Unfall ein viel zu hohes Bergegeld mit 150 Guineen zugestanden worden; daß noch das Kost-, Monats- und Landgangsgeld in Anschlag gebracht werden müsse; und daß überhaupt die Klage auch schon deswegen nicht stattfinde, weil die Dispache noch mangele.

Beklagte setzten daher dem Kläger exceptionem incompetentis actionis et pluspetitionis entgegen, leugneten, daß hier der Fall sey, wo Caution oder wol gar Deposition gefordert werden könne, und baten, den Kläger gänzlich abzuweisen, und in die Kosten zu verurtheilen. Der Kläger leugnete replicando, daß im gegenwärtigen Falle eine widerrechtliche Trennung der Klagepuncte vorhanden sey; er behauptete, daß es keiner Production von Originalien bedürfe, da die beygebrachten Documente dem Gegentheile schon bekannt wären, auch legte derselbe der Replik noch verschiedene Originalien bey.

In Rücksicht auf die Hauptsache acceptirte Kläger, daß Beklagte die zur Begründung der Klage dienenden wesentlichen Thatsachen eingestanden hätten; er versetzte, daß die Erinnerungen, welche die Berechnung des erlittenen ersten Schadens beträfen, jetzt nicht mehr stattfänden, da Beklagte selbst einräumen müßten, daß dieser Punct durch die aufgenommene Bodmerey seine Erledigung erhalten habe. Auch sey es falsch, daß die Verspätigung des Auslaufens des Schiffes, aus dem Haven zu Dover den Versicherten zur Last falle; vielmehr sey eben dieses Auslaufen durch die Vergleichsvorschläge und die verzögerte Erklärung der Versicherer, welche dazu der desiderirten Documente gar nicht bedurft hätten, und auch nach deren

Eingang noch gezaudert hätten, bis in die späte Jahreszeit aufgehalten worden, weshalb auch der Schiffer gegen diese Zögerung der Beklagten protestiret hätte. Was aber die aus der Reassecuranz eingegangenen Gelder beträfe, so wären die Versicherten nicht schuldig, sich damit zu begnügen, weil das, was zwischen den Versicherern und den Reassecuradeurs vorgefallen wäre, sie nichts angehe, wie auch Beklagte selbst die Prämie dafür entrichtet hätten; auch müßten Beklagte den an den Heringen erlittenen Schaden vergüten, weil wirklich eine Strandung vorgegangen sey, und die Heringe dadurch beschädiget worden. Das Provenüe des Geretteten gehöre nicht dem Bodmereygeber, sondern dem klägerischen Mandatario.

Sowohl hierüber, als über die Frage, ob der Versicherer im gegenwärtigen Falle zur Vergütung des Totalschadens verpflichtet sey, brachte Kläger bey der Replik ein von mehreren Sachverständigen unterschriebenes Gutachten bey, und berief sich auf Art. 5. 6. Tit. 2. der Hamburgischen Assecuranzordnung, um zu beweisen, daß hier ein Totalschaden angenommen werden müssen, weil die versicherten Gegenstände so beschädiget gewesen, daß die Reise nicht hätte fortgesetzt werden können; denn alsdann existire ein Totalschaden, bey dessen Eintritt keine Dispache nöthig sey, weshalb es auch keiner Haverey und also auch keiner Einlassung auf die von Seiten der Beklagten gemachten Rechnungserinnerungen bedürfe. Jedoch wurde noch bemerkt, daß das Provenüe des Geborgenen nur 98 Pf. 18 ßl. 9 pf. Sterl. betrage, weil die ihm zugerechneten 6 Pf. Sterlinge noch zur ersten Schadensberechnung gehörten, welche jetzt nicht mehr in Betrachtung komme.

Dupli-

Duplicando führten Beklagte die in der Exception ſchon vorgetragenen Gründe weiter aus, beriefen ſich beſonders auf ihre Proteſtation, wegen des ihnen aus der verzögerten Ueberſendung der Schadens-Taxations-Documente entſtandenen Nachtheils, übergaben die zwiſchen Soltaus Wittwe et Compagnie und ihnen geführte Correſpondenz nebſt verſchiedenen Atteſten und Gutachten, von denen, in ſo fern ſie erheblich ſind, bey der Beurtheilung ein mehreres geſagt werden ſoll; beſonders aber beſtrebten ſie ſich zu zeigen, daß die Verzögerung der zweyten Reiſe nicht durch ihre Vergleichsvorſchläge, auch nicht durch ihre verzögerte Erklärung, wegen Fortſetzung der Reiſe, ſondern außer dem Mangel der Taxationsdocumente auch noch dadurch verurſacht worden, daß von Seiten der Verſicherten und ihres Machthabers die Herbeyſchaffung der zur zweyten Ausrüſtung des Schiffes erforderlichen Gelder ſo lange unterblieben ſey.

Die Acten wurden hierauf an die Juriſten-Facultät zu X** verſendet, und dort fiel das Erkenntniß dahin aus:

daß Beklagte, Einwendens ohnerachtet, auf die Klage, in der Maaßen ſie angebracht, ſich einzulaſſen ſchuldig; und da ſie ſolches auf den Fall bereits gethan, auch ſowohl der libellirtermaaßen auf Caſco und ladung des Schiffes Anne Eliſabeth, geführt vom Schiffer Knape, geſchloſſenen Aſſecuranz, als deswegen erlittenen Schadens, zu Dover erfolgten Verkaufs gedachten Schiffes und ſeiner ladung für 98 Pfund 18 ßl. 9 Pence Sterl. geſtändig ſind, ſo ſind ſie die libellirten Summen, nach Abzug der in den Händen des mandatario nomine

Klägers sich bereits befindenden 104 Pf. 18 ßl. 9 Pence Sterling, an Kläger, binnen 4 Wochen, samt Verzugszinsen von Zeit zweyer Monate nach angedeutetem Schaden und denselben kundgewordenem Verkauf des Schiffes und der Ladung, gegen Auslieferung der Policen, zu bezahlen schuldig. Könnten und wollten jedoch Beklagte, gestalten die versicherten Fische bereits zur Zeit der am 6ten November 1793. erfolgten Abreise des quästionirten Schiffes von Dover ganz oder zum Theil verdorben gewesen, binnen Ordnungsfrist und mit Vorbehalt der Kläger Gegenbeweises zu Recht erweisen; so genössen sie dessen billig, und ergehet sodann in Ansehung des dieserhalb zu machenden Abzuges ferner, was sich zu Recht gebühret. Die auf diesen Proceß verwendeten Kosten werden aus bewegenden Ursachen gegen einander verglichen und aufgehoben.

Nachdem dieses Erkenntniß am 10 Jul. 1796. eröffnet worden, wendeten beide Theile das Rechtsmittel der Revision dagegen ein; es wurde aber dieses Rechtsmittel nur von Seiten der Beklagten fortgesetzt.

Die dagegen erhobenen Beschwerden gingen dahin:

I) daß die Einrede prorsus incompetentis actionis, oder des durch der Impetraten eigenes Verschulden (in Vorenthaltung der Besichtigungs- und Taxations-Documente und dadurch Monate lang verzögerten Schiffs-Reparation, ohne welches das Schiff von dem nachmaligen Unfall nicht betroffen werden können) vernichtigten Klagerechts, aus irrigen Sach- und Acten-widrigen Gründen verworfen worden;

II) daß

II) daß den Impetraten nicht auferlegt worden, vor allen Dingen a) eine von dem Lübeckischen Dispacheur verfertigte Dispache ad acta, und b) die zu einer solchen Dispache erforderlichen Urkunden beyzubringen;

III) daß den Impetranten, unerachtet der Clausel: frey von Beschädigung außer Stranden, und unerachtet dem Schiffe keine Strandung widerfahren ist, die Bezahlung der verdorbenen Heringe angemuthet worden;

IV) daß nicht eventualiter den Impetraten der Beweis auferlegt worden, daß die versicherten Fische zur Zeit der am 6ten Nov. 1793. erfolgten Abreise des Schiffes von Dover ganz oder zum Theil noch unverdorben gewesen;

V) daß Impetranten, da sie in keiner mora sind, und vielmehr Impetraten noch immer in mora non praestitorum praestandorum sich befinden, in Verzugzinsen von Zeit 2 Monate nach angedeutetem Schaden und Verkauf des Schiffes und der Ladung haben condemniret werden wollen;

VI) daß nicht nach Maaßgabe des gravaminis I. Impetranten refusis expensis gänzlich von der Klage entbunden, wenigstens und auf den ärgern Fall selbige nicht, nach Maaßgabe der übrigen Beschwerden, wegen begangener Plus-Petitionen und ihres mangelhaften und unförmlichen Klagewerkes, in die bisherigen Kosten condemniret worden.

Die Beklagten, jetzige Impetranten, machten einen doppelten Antrag; denn obgleich ihre Bitte dahin ging:

sie mit völliger Aufhebung des am 10ten Jul. 1796. eröffneten Erkenntnisses refusis expensis gänzlich von der Klage zu entbinden;

so trugen sie doch auf den Fall, daß ihr Antrag nicht durchgängig Beyfall finden sollte, dahin an:

daß Impetraten vor allen Dingen unter Erstattung der bisherigen Kosten eine vollständige von dem hiesigen Dispacheur verfertigte Dispache, woraus zu ersehen, was ihnen deductis deducendis, namentlich auch nach Abzug der versicherten Fische und des dispachenmäßig berechneten reinen Ertrages des Schiff- und Ladungs-Verkaufs, rechtmäßig beykomme, ad acta zu bringen schuldig.

Allein diesen Anträgen widersprach Kläger und Impetrat, Namens der Versicherten.

Da einestheils Impetranten zur Unterstützung ihrer Beschwerden nebst verschiedenen andern Beylagen auch Zeugnisse des Lübeckischen Dispacheurs beygebracht, anderntheils aber auch Impetrat den Umstand, daß die Heringe bey Ablaufen des Schiffes aus Dover noch in gutem Zustande gewesen, zu bescheinigen gesucht hatte, und wegen des noch ferner verzögerten Processes die Sicherstellung der Versicherten während des Rechtsstreits für nothwendig hielt: so schloß er die refutationem causalium revisionis mit der Bitte:

provisorie und vor Abspruch der Hauptsache die Impetranten zur baaren Niederlegung der versicherten Summen schuldig zu erkennen, die von dem Dispacheur in Ueberschreitung der Gränzen seines Amtes und seiner öffentlichen Qualität von sich gestellten gesetz- und vernunftwidrigen Atteste ab actis zu removiren, und ihm für die Zukunft dergleichen

vor-

voreilige Gefälligkeiten zu untersagen; in der Hauptsache aber in Bestätigung des judicati a quo zu erkennen:

a) daß Impetranten die eingeklagten assecurirten Pöste samt Verzugszinsen von Zeit zweyer Monate nach angedeutetem Schaden und denselben kund gewordenem Verkauf des Schiffes und der ladung binnen 14 Tagen an Impetratens Machtgeber zu bezahlen verpflichtet seyn; daß Gegner

b) nach ihnen vorbehaltenem, von ihnen angetretenem, aber verfehltem Beweise, welchergestalt die versicherten Fische bereits zur Zeit der am 6ten Nov. 1793. erfolgten Abreise des Schiffes von Dover ganz oder zum Theil verdorben gewesen, auch mit dieser ihrer Einrede nicht weiter zu hören, jedoch

c) befugt seyn, das Netto-Provenüe des Schiffes und der ladung von 98 Pf. 18 ßl. 9 Pence von dem mandatario nomine Kläger zu sich zu nehmen, dagegen aber

d) verpflichtet, von diesen geborgenen Gütern die Frachtgelder pro distantia loci zu entrichten, oder sich als Assecuradeur der Frachtgelder in Abrechnung bringen zu lassen. Daß sie endlich

e) verbunden seyn, Impetratens Machtgebern die Proceßkosten dieser Instanz wenigstens zu ersetzen.

Nachdem beide Theile jeder zwey Sätze gewechselt, und denselben verschiedene Beylagen, welche in der Folge näher werden angezeigt und beurtheilt werden, beygefügt hatten, wurde noch von Seiten der Impetranten eine Protestation gegen das in der Duplik

enthaltene Neue beygebracht, und sodann zur Inrotulation und Versendung der Acten geschritten.

Was nun besonders die erste Beschwerde betrifft, so hat diese die gänzliche Abweisung des Klägers zum Zwecke. Diese soll daraus folgen, weil die zweyte Ausrüstung des Schiffes im Haven zu Dover bis in den Monat November verspätet worden, wo wegen der stürmischen Jahreszeit der Unfall, welcher dem Schiffe wirklich zugestoßen ist, leicht erwartet werden konnte.

Daß die eben gedachte Zeit wirklich gefährlich und das Auslaufen des Schiffes in diesem Zeitpuncte bedenklich war, wird von keinem der beiden streitenden Theile in Abrede gestellt. Vielmehr will jeder in dem Verhalten des Andern den Grund der verspäteten Reise und des dadurch veranlaßten Unfalls gefunden haben.

Wenn Beklagte an der einen Seite dem Kläger und seinen Machtgebern die verzögerte Ausliefe-rung der nöthigen Documente und die verspätete Herbeyschaffung des zur Ausrüstung des Schiffes erforderlichen Geldes Schuld geben; so wird von der andern Seite behauptet, daß das zweyte Auslaufen des Schiffes hauptsächlich durch die Vergleichsvorschläge der Beklagten und durch die von ihrer Seite verspäteten Erklärungen und Maaßregeln aufgehalten worden.

Was nun zuerst die verspätete Einhändigung der Beschädigungs-Urkunden an die Beklagten betrifft, so ist allerdings richtig, daß diese zuerst nach Udewalla gesendet worden, und daß Beklagte zu der Zeit, als diese längst dorthin abgegangen waren, noch in der Meinung standen, es mangele noch an einer Aufnehmung des Schadenstandes.

So unvollständig auch gedachte Documente beschaffen seyn mögen, so bleibt doch soviel gewiß, daß dadurch der am 27sten May 1793. von Beklagten an Soltaus Wittwe und Compagnie ergangene Auftrag, die Schadensdocumente aufnehmen zu lassen, veranlaßt wurde, und es läßt sich also nicht behaupten, daß die inzwischen eingetretenen und eine Weile fortgesetzten Vergleichs-Unterhandlungen als Ursache der verzögerten Reise zu betrachten sind. Eben so wenig läßt sich aber auch annehmen, daß die verspätete Uebersendung dieser Urkunden Ursache des bis zum 6ten November verzögerten Auslaufens des Schiffes gewesen sey; denn selbst in dem Falle, wenn man auch den Widerruf des Geständnisses des Klägers, daß die mehrmals erwähnten Documente erst am 21sten Jul. in Lübeck eingegangen wären, nicht gelten lassen wollte: würde doch ein anderer Grund der bis in den November verzögerten Reise angenommen werden müssen.

Denn, nicht zu gedenken, daß das vom Beklagten unter dem 15ten Jul. 1793. an Klägern erlassene Schreiben den Empfang der Taxations-Documente voraussetzt, so wird auch in denselben ausdrücklich gesagt, daß sie, Soltaus Wittwe und Compagnie, wegen des in Frage stehenden Schiffes schon Verhaltungsbefehle ertheilet hätten, und sie fügen hinzu:

> Was die (Soltaus Wittwe und Compagnie) ordiniren, muß befolgt werden, und dazu werden Herr Beel denn heute die nöthigen Verfügungen machen.

Zu dieser Zeit also hatten Beklagte ihren Entschluß gefaßt, und an dem, was nachher vorgefallen ist,

kann

kann der Mangel der Taxations-Documente weiter keinen Theil haben.

Hätten sich daher keine andere Hindernisse ereignet, so hätte das Schiff seine Reise viel eher antreten können.

Ob nun gleich Beklagte in eben diesem Schreiben noch sagen:

> Wir protestiren unterdessen gegen die nicht in rechter Zeit producirten Taxations-Documente, und wegen aller daraus entstehenden Folgen;

so kann sich doch diese Protestation nicht auf das, was nach dieser Zeit geschehen ist, beziehen, am wenigsten aber auf das Auslaufen des Schiffes am 6ten November, weil an diesen Umstand dazumal nicht gedacht werden konnte; vielmehr ist anzunehmen, daß diese Protestation sich hauptsächlich auf das Stilleliegen des Schiffes und die dadurch vermehrten Kosten, wie auch auf den etwanigen Verderb der Waaren, bezogen haben.

So wie nun also bey so bewandten Umständen weder die verspätete Einsendung der Documente an der einen, noch die Vergleichs-Unterhandlungen an der andern Seite, als Ursache des dem Schiffe im Monat November zugestoßenen Unfalls betrachtet werden können: so fällt auch in die Augen, daß es vorzüglich darauf ankomme, was nach dieser Zeit von einem oder dem andern Theile zur Verzögerung der Reise beygetragen worden sey.

Besonders scheint dabey der Mangel des zu der neuen Ausrüstung des Schiffes erforderlichen Geldes mitgewirkt zu haben; denn schon in dem Schreiben, welches Soltaus Wittwe und Compagnie

pagnie von London aus unterm 22sten Jul. 1793. an Beklagten erlassen haben, wird ausdrücklich gesagt:

> Von Herrn Beel haben wir der Reparatur wegen noch keine Briefe erhalten. Es ist unumgänglich nothwendig, daß dieser Freund uns für den Betrag der Auslagen einen Credit bey einem guten Hause in Hamburg oder Amsterdam eröffne.

Dies bestätigen Fector et Minet in ihrem von Dover aus an Klägern unter dem 21sten Jul. 1793. erlassenen Schreiben, und eben diesen Credit urgiren Soltaus Wittwe und Compagnie in ihrem am 23sten August 1793. an Beklagten abgelassenen Schreiben.

Daß eben deswegen am 20 Aug. noch keine Anstalt zur Reparatur des Schiffes gemacht worden, ergiebt sich aus dem an eben diesem Tage aufgenommenen Proteste. Dagegen ist aber auch nicht zu läugnen, daß es nicht weniger von Seiten der Beklagten an reinen und bestimmten Verhaltungsbefehlen mangelte.

Denn der vorherangeführte Soltausche Brief vom 23sten August 1793. giebt zu erkennen, daß diese Commissionärs der Beklagten nur eine bedingte Instruction erhalten hatten, und es bleibt daher noch immer ungewiß, ob die Schuld der noch fernern verzögerten Reise mehr an den Versicherern oder an den Versicherten gelegen habe. Soviel kann man jedoch für gewiß annehmen, daß die neue Ausrüstung und das Auslaufen des Schiffes durch die beiderseitigen Commissionärs Soltaus Wittwe und Compagnie und Fector et Minet bewirkt, und mit beider Theile Zufriedenheit geschehen sey.

Denn

Denn an dem Bodmereyvertrage hatten die Beklagten selbst Theil genommen. Da nun dieser allererst am 30sten Oct. 1793. vollzogen worden, so ist kein Grund anzunehmen, daß die Versicherer das späte Auslaufen des Schiffes gemißbilliget hätten. Wäre ihre Absicht gewesen, das Auslaufen des Schiffes in dieser Jahreszeit zu verhindern; so hätten sie dagegen protestiren müssen. Dies haben sie so wenig gethan, daß vielmehr dieses Auslaufen als die Wirkung der von ihren Commissionärs getroffenen Anstalten zu betrachten ist, und wie schon oben gezeigt worden, kann die lange vorher wegen zu spät erhaltener Documente geschehrne Protestation hieher nicht bezogen werden; wie denn auch ein mit beider Theile Einwilligung vorgenommenes Factum schon seiner Natur nach kein Gegenstand dieser Protestation seyn konnte.

Eben so wenig kann der Umstand, daß Beklagte, um sich von fernerer Gefahr zu befreyen, durch Vermittelung der Mandatarien und Commissionäre der Versicherten, Reassecuranz aufnahmen, diese letztern nöthigen, sich mit dem zu begnügen, was die Beklagten von den Reassecuradeurs erhalten haben; denn es hat dies unter andern Parteyen vorgenommene Geschäfft dadurch seine Natur nicht verändert, daß es durch des andern Theils Machthaber besorgt worden, und daß sie dabey die Absicht hatten, alle fernere Gefahr zu vermeiden, weil die bloße Absicht ein Recht nicht geben kann, welches nur durch die Entsagung der Versicherten erlangt werden konnte.

Aus allen diesen Gründen ergiebt sich die Unstatthaftigkeit der ersten Beschwerde.

Gegründeter ist die zweyte, welche sich hauptsächlich auf den Mangel der Dispache gründet.

Bey dieser Beschwerde kommt es vorzüglich auf Entscheidung der Frage an, ob im gegenwärtigen Falle eine Haverey-Berechnung eintrete, und also eine Dispache besorgt werden müsse, oder ob ein reiner oder Totalschaden existire, und ob in diesem Falle die Versicherten durch das bloße Abandonnement ohne alle Dispache abkommen können.

Zuerst ist zu bemerken, daß der Ausdruck, reiner oder Totalschaden, nicht immer in einerley Sinn genommen wird. Es fällt zwar in die Augen, daß, wenn ein Schiff gänzlich untergegangen ist, und nichts gerettet worden, oder wenn man von einem Schiffe keine Nachricht erhält, und also dessen Untergang wahrscheinlich ist, ein reiner oder Totalschaden eingetreten sey, und daß in diesem Falle der Versicherte die gezeichnete Summe fordern, die versicherte Sache aber, falls sie sich noch finden sollte, dem Versicherer überlassen, d. i. abandonniren könne.

Aber zweifelhaft ist es, ob eben dieses Abandonnement statthabe, wenn zwar ein Theil der versicherten Sache gerettet worden, diese aber in dem Zustande ist, daß der Versicherte nicht rathsam findet, die Reise fortzusetzen.

Nimmt man hierbey blos auf die Natur der Sache Rücksicht, so fällt die Aehnlichkeit, welche dieser Fall mit dem vorigen hat, aber auch der Umstand in die Augen, daß, wenn in diesem Falle das Abandonnement der Willkühr des Versicherten überlassen würde, dieser leicht bey veränderten Handlungsconjuncturen Veranlassung nehmen könnte, von einer mißlungenen Speculation abzustehen. Aus diesen einander entgegenstehenden Gründen läßt es sich erklären, daß man in südlichen Ländern,

besonders bey den Franzosen, aber nicht in den nördlichen, den Abandon in diesem Falle gestattet.

Joh. Andreas Engelbrechts Assecuranz-Wissenschaften, Bd. 1. Abschn. 4. pag. 166.

Da nun also, wenn man blos auf das Wesen des Geschäffts Rücksicht nimmt, beynahe eben so viel Gründe für die eine Meinung als für die andere streiten; so muß die Sache näher nach den besondern Landesgesetzen und Gewohnheiten beurtheilet werden.

Obgleich im gegenwärtigen Falle Schiff und Ladung in England verkauft wurde, und ebendaselbst auch der Bodmerey- und Reassecuranz-Vertrag abgeschlossen worden, mithin es das Ansehen gewinnt, als wären hier die Englischen Gesetze anzuwenden, zufolge welcher der Abandon nur alsdann eintritt, wenn die Sache als gänzlich verlohren angesehen werden kann, welches alsdann geschieht, wenn die Bergungskosten den halben Werth der Sache übersteigen.

Engelbrecht a. a. O. p. 166.

so können doch bey dieser Sache die Englischen Gesetze nicht, als solche, zur Anwendung kommen, weil der Assecuranz-Vertrag in Lübeck abgeschlossen worden, und hier also die Hamburgische Assecuranzordnung befolgt werden muß.

Doch kann das, was in England Rechtens ist, in so fern Rücksicht verdienen, als das, was in einem der vorzüglichsten Handeltreibenden Länder geschieht, als übereinstimmend mit der Natur der Sache und den Handlungsgebräuchen betrachtet werden kann. Hiermit scheint auch die Hamburgische Assecuranzordnung und Havereyordnung von 1731. im Wesentlichen übereinzustimmen.

Denn

Denn im 11ten Titel verordnet sie ausdrücklich, daß das Abandonniren nur stattfinden soll, wenn ein Schiff so lange ausbleibt, daß es für verlohren gehalten werden kann, und im articulo 4. heißt es wörtlich so:

> In andern Fällen steht dem Assecurirten nicht frey, ein versichertes Schiff oder Gut zu abandonniren, sondern es soll derselbe, jedoch auf der Assecuradeurs Gefahr und Kosten, allen Schaden abzuwenden, das Schiff und Gut zu conserviren, und desselben Bestes zu befördern, nach Möglichkeit sich angelegen seyn lassen.

Was bisher gesagt worden, bezieht sich auf das Schiff selbst. Im art. 5. und 6. eben dieses Titels scheint zwar in Ansehung der Waaren etwas anderes angenommen zu seyn, aber es wird doch auch im art. 6. bestimmt, daß selbst in dem Falle,

> wenn nichts gesundes geborgen, oder wenn dasjenige, so noch salvirt worden, der Mühe des Trocknens, Wiederaufmachens und Transportirens nicht werth ist, der Assecurirte zwar das Abandonnement wählen, aber doch, wenn er die Güter verkauft, von dem Assecuradeur, was er sodenn Schaden leidet, ersetzt fordern kann.

Auch in diesem Falle wird eine Nachweisung des Schadens vorausgesetzt, welches in Vergleichung mit dem Titulo 14. art. 1. vermittelst einer Dispache geschieht.

Wenn aber auch hierüber noch ein Zweifel obwalten könnte; so würde dieser doch durch die Zeugnisse des Dispacheurs und der Handlungsverständigen gehoben werden. Denn wenn auch dergleichen einseitig beygebrachte Zeugnisse keinen vollen Beweis

machen, so unterstützen sie doch die sich ohnedies aus den Acten und Gesetzen ergebenden Gründe.

Was besonders den Dispacheur betrifft, so könnte es freylich scheinen, als ob dieser einestheils die Gränzen seiner Competenz überschritten, und anderntheils die Dispache deswegen für nöthig erachtet hätte, damit er als Dispacheur sein Amt verwalten könne.

Allein es gehört doch die Beurtheilung dessen, was in Assecuranzfällen von Seiten des Versicherers getragen werden müßte, allerdings zu seiner Befugniß, und es kann nicht angenommen werden, daß ein Beamter aus Eigennutz pflichtwidrig handle. Was aber die Sache vollends außer Zweifel setzt, ist der Umstand, daß in der Verkaufsrechnung des Schiffes und der Ladung 316 Pfund Sterling Kosten abgezogen worden, in Ansehung deren es einer Bestimmung bedarf, in wie fern sie von Seiten des Versicherers getragen werden müssen. Dieses Bedenken tritt besonders in Ansehung der Landgangsgelder und ähnlicher Kosten ein, und da Kläger selbst das Provenüe des Schiffs und der Ladung nur auf 98 Pf. 18 ßl. 9 pf. Sterling bestimmt wissen wollen, und noch eine Vergütung der Frachtgelder pro distantia loci verlangen, alles dieses aber ohne eine Dispache nicht geschehen kann, so ergiebt sich in Ansehung dieser Beschwerde die Abänderung des vorigen Erkenntnisses von selbst, und es kann der Umstand, daß Beklagte selbst auf die Condemnation des Schiffes gedrungen, oder sich solche doch gefallen lassen, ihr Recht, auf eine Dispache anzutragen, um so weniger ändern, da doch dadurch kein eigentliches Abandonnement bewirkt worden, vielmehr das Kaufgeld, als das Surrogatum des Schiffes und der Ladung, Klägern geblieben ist.

Die

Die dritte Beschwerde betrifft besonders die Heringe, in Ansehung deren die Versicherer gar keine Vergütung leisten wollen, weil sie solche nur im Falle der Strandung übernommen hätten, dieser Fall hier aber nicht eingetreten sey.

Obgleich das Wort Strandung gleiches Schicksal mit dem Worte Totalschaden hat, daß es nicht immer in einerley Sinn gebraucht wird; so kann man doch als gewiß annehmen, daß darunter ein Seeschaden verstanden wird, und nicht eine bloße Beschädigung durch das Seewasser, wie sie auch bey gewöhnlichen Zufällen, welche dem Schiffe auf der Reise begegnen, verderbliche Waaren leicht betreffen kann, sondern einen solchen, welcher nur die Folge eines außerordentlichen Unfalls seyn kann. So gegründet daher auch die Bemerkung Weskots

in der Theorie und Praxis der Assecuranzen Bd. 2. S. 215. der Engelbrechtschen Uebersetzung

seyn mag, daß es für die Versicherer selbst gefährlich sey, wenn sie die Gefahr verderblicher Waaren nur im Falle der Strandung übernehmen, weil dadurch leicht eine Unterlassung der sonst noch möglichen Rettung der Waare veranlaßt werden kann: so zeigt doch eben diese Bemerkung, daß alsdann unter dem Falle der Strandung nur ein solcher verstanden werde, wo die Rettung der Waaren aus dem auf dem Grunde sitzen bleibenden Schiffe geschehen muß, und nicht ein solcher, wo die Waaren in und mit dem Schiffe in den Haven gebracht werden. In der That läßt sich auch das Stranden von dem bloßen Stoßen auf den Grund nur dadurch unterscheiden, daß im erstern Falle das Schiff auf dem Grunde sitzen bleibt, im zweyten aber nur einige Zeit den Grund berührt, in der Folge aber wieder davon losgekommen ist.

Am wenigsten kann aber alsdann darüber, daß keine Strandung vorhanden gewesen sey, ein Zweifel obwalten, wenn das Schiff gar noch nicht auf dem Grunde festgesessen hat.

Im gegenwärtigen Falle wurden die Anker geworfen, um die Strandung zu verhüten, und die fremde Hülfe, welche das Schiff nöthig hatte, um nach dem Haven gebracht zu werden, bestand nicht in der Abbringung vom Grunde, und wurde nicht vermittelst einer dem Schiffe von außen mitgetheilten Bewegung geleistet, sondern dadurch, daß die Kräfte der im Schiffe befindlichen Mannschaft verstärkt, und dem Schiffe die zu seiner ordentlichen Bewegung erforderlichen, auf der Reise aber verlohrnen und beschädigten Masten und Segel mitgetheilt wurden.

Findet nun also in Ansehung der Heringe keine Vergütung statt; so erlediget sich auch die vierte Beschwerde von selbst, welche dahin gehet, daß Impetranten der im vorigen Erkenntnisse dieserhalb normirte Beweis auferlegt worden.

Die fünfte, die Zinsen betreffende Beschwerde rechtfertiget sich aus dem, was bey der zweyten Beschwerde schon vorgekommen ist.

Denn, bedarf es noch einer Dispache, und also einer näheren Festsetzung der klägerischen Forderung, so ist auf Seiten der Beklagten kein Verzug vorhanden, und es kann das, was die Hamburgische Assecuranzordnung in Ansehung eines Totalschadens bestimmt, auf den gegenwärtigen Havereyfall nicht angewendet werden. Hierzu kommt, daß Klägern offenbar exceptio plus-petitionis entgegensteht, und also schon aus diesem Grunde auf die geforderten Verzugszinsen nicht erkannt werden konnte.

In

In Ansehung der sechsten Beschwerde, welche die Kosten zum Gegenstande hat, hat nicht anders, als auf deren Vergleichung erkannt werden können, weil nicht nur die entschiedenen Streitfragen an sich zweifelhaft waren, sondern weil auch die Versicherten das vorige Erkenntniß für sich hatten.

Uebrigens verstehet es sich bey dieser Lage der Sache von selbst, daß der ohnedies dem vorigen auf Seiten des Klägers rechtskräftigen Erkenntnisse zuwiderlaufende Antrag der Beklagten auf Deposition oder Sicherstellung der eingeklagten Summen nicht stattfinde.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall so, wie im Urtheil geschehen ist, erkannt werden müssen.

* * *

Das Erkenntniß in der Frachtgelder-Sache ist darum nicht mit abgedruckt worden, weil es sich meistentheils auf die Casco-Sache bezieht; auch konnte hierbey um so weniger ein Zweifel seyn, weil selbst nach dem vorhergehenden Erkenntnisse in dieser Sache eine Berechnung und Absonderung der verschiedenen Kosten, und also eine Dispache nöthig war.

XIX.

Ermordung des Ballstedtschen Gerichtsschöppen Kahlhardt.

1) Die wider alle Wahrscheinlichkeit abgeläugnete Absicht zu stehlen, bedarf keines Beweises, wenn das Factum der Entwendung klar, und unter den vorhandenen Umständen kein Scherz zu vermuthen ist.

2) Die Folter muß auch in den Landen, wo sie noch stattfindet, möglichst vermieden werden.

3) Besonders muß dieses alsdann geschehen, wenn die Folter nicht zugleich als Mittel, den Inquisiten zur Rede zu bringen, sondern nur zur Bewirkung eines gewissen Geständnisses, dienen kann.

4) Vorzüglich alsdann, wenn zu vermuthen ist, daß der Gefolterte die Marter überstehen werde.

5) Imgleichen, wenn der Inquisit ohnedies als ein gefährlicher Mensch in gerichtlicher Verwahrung bleiben muß.

6) Wie auch, wenn dadurch blos das Geständniß der bösen Absicht bewirkt werden soll.

7) Es giebt Fälle, wo der Inquisit auf unbestimmte Zeit, deren Endigung von der Beurtheilung der Landesregierung abhängt, verwahrt werden muß.

8) Gerechtigkeit und Anzeige der Maaßregeln, welche in solchen Fällen auf gleiche Weise zur Sicherstellung des gemeinen Wesens und zur Erforschung der Schuld oder Unschuld getroffen werden müßten.

9) Strafe eines Diebstahls, welcher von einer aus andern Gründen berüchtigten Person unternommen wird.

10) Von dem Werthe der Vermuthungen, welche vom Stande des Inquisiten hergenommen werden.

Nach Gotha an das Amt.

Als der Herr uns die wider Johann Caspar Illhardt aus Ballstedt, wegen Verdachts der Ermordung des Ballstedtschen Gerichtsschöppen Nicol Kahlhardt, wie auch wegen Diebstahls und anderer Verbrechen geführte Untersuchung, und das zu Abwendung der erkannten peinlichen Frage eingewandte Rechtsmittel der weitern Vertheidigung in 11 Bänden Haupt- und Hülfs-Acten, nebst einem in der Illhardtschen Behausung gefundenen Beil, mit einem daran befindlichen Nagel, zugesendet ꝛc.

Daß das Urtheil dahin zu ändern, daß es in Ansehung des dem Inquisiten Johann Caspar Illhardt aus Ballstedt angeschuldigten Diebstahls der peinlichen Frage nicht bedürfe, vielmehr derselbe mit einer zweyjährigen Zuchthausarbeit, jedoch ohne Züchtigung am Anfange und Ende derselben, zu bestrafen sey. In Ansehung des angeschuldigten Mordes ist zwar bey der weitern Vertheidigung soviel ausgeführet, daß Inquisit auch dieserhalb mit der erkannten peinlichen Frage verschont werden muß; es ist aber auch derselbe von der wider ihn deshalb geführten Untersuchung nicht loszusprechen, vielmehr bleibt wider ihn der sich aus den bisher verhandelten Acten ergebende Verdacht vorbehalten, und sind zu dem Ende nicht nur die Acten wohl aufzubewahren, sondern es ist auch derselbe nach ausgestandener zweyjährigen Zuchthausstrafe nicht zu

entlassen; vielmehr ist indessen mit der nähern Erforschung seines bisherigen Lebenswandels und seines Verhaltens in seinen Familien-, bisherigen Gewerbs- und ehemaligen Dienstgeschäfften fortzufahren; auch ist bey den ferner noch in Ballstedt und der dasigen Gegend vorfallenden Verbrechen zugleich auf Erforschung des Kahlhardtschen Mörders Rücksicht zu nehmen. Ferner sind die Aufseher des Zuchthauses anzuweisen, ihn in besondere Obhut zu nehmen, und seine Auffführung zu beobachten. Beym Ablauf der Strafzeit sind die bis dahin eingezogenen Nachrichten einer hohen Landesregierung zur weitern Verfügung einzuberichten. Sollten nun bis dahin keine Gründe, welche den gegen ihn entstandenen Verdacht schwächten, eingetreten seyn: so ist derselbe noch ferner als eine dem gemeinen Wesen durch eigene Schuld gefährliche Person im Zuchthause, oder in einer andern schicklichen Anstalt, in gefänglicher Haft zu halten, und zu einer schicklichen Arbeit, wodurch er seinen Unterhalt gewinnen kann, zu nöthigen. Den Aufsehern der Anstalt aber liegt ob, von seinem Verhalten jährlich Bericht zu erstatten, und bleibet es höchster landesherrlicher Entschließung ohne weitere rechtliche Verhandlung vorbehalten, ihn entweder bey verspürter Besserung zu entlassen, oder ihn noch ferner zur Sicherheit des gemeinen Wesens verwahren zu lassen. Die Kosten der Untersuchung ist Inquisit, so weit er des Vermögens ist, zu übernehmen gehalten. V. R. W.

Geschichtserzählung und Gründe.

Am 30sten May gegen ein Viertel oder halb acht Uhr bemerkte die Ehefrau des Johann Michael Lude-

Ludewig, deren Ehemann schon zu Bette gegangen war, daß die Hausthüre des Nachbars und Vetters, des Johann Nicol Kahlhardt, Gerichtsschöppen, Kircheninspectors und Zehntmeisters zu Ballstedt, eines Mannes, welcher als sehr wohlhabend bekannt war, zugeschlagen wurde, und ihre Tochter wurde dadurch veranlaßt, zu sagen:

jetzt geht Vetter Michel Kahlhardt in die Schenke; er wird allein seyn und sich fürchten.

Der Ludewigische Knecht sah hierauf zum Fenster hinaus, und weil er niemanden in der Straße gehen sahe, erwiederte er gegen die Ludewigsche Tochter:

nein, er geht nicht weg; es muß jemand hineingegangen seyn.

Nach Verlauf einer Viertel- oder halben Stunde vernahmen die vorhergenannten Ludewigschen Hausgenossen ein dumpfes Geschrey:

Herr Jesus!

welches öfters wiederholt und für die Stimme des vorhergenannten Kahlhardts gehalten wurde. Als hierauf der Ludewigsche Knecht, des Widerrathens seiner Dienstfrau ungeachtet, zum Fenster hinaussah, hörte er noch die Worte: Hund! Hund! rufen; er weiß jedoch nicht anzugeben, wer die zuletzt gedachten Worte gesprochen habe, vernahm aber, wie er sich ausdrückt, einen starken Plump, so, als wenn jemand falle. Seine Dienstfrau wurde hierdurch veranlaßt, eine Laterne anzuzünden, und ging mit ihm zur Hauspfortthüre heraus, um zu sehen, was bey Kahlhardten vorfiele. Bis dahin hatte die Ludewigsche Tochter den Lichtschein aus dem Kahlhardtschen Hause an dem gegenüber liegenden Glasenschen, dessen Fenster jedoch auf eine andere Seite gehen, bemerkt. Sobald aber hinter den

Herausgehenden die Pfortthüre zufuhr, verlohr sich jener Lichtschein; im Kahlhardtschen Hause selbst aber war alles ruhig, und die Vorderthüre verschlossen. Die Ludewigin begab sich hierauf zu ihrem schon im Bette liegenden Ehemanne, welcher sodann den Knecht in die Schenke schickte, um nachzusehen, ob Kahlhardt daselbst befindlich sey, und wenn er da nicht angetroffen würde, die Kahlhardtsche Haushälterin bey ihrem Vater aufzusuchen, und ihr den Hausthürschlüssel abzufordern. Der Ludwigsche Knecht eilte, diesen Auftrag zu vollziehen, und als er den Kahlhardt in der Schenke nicht antraf, holte er die Kahlhardtsche Haushälterin herbey. Inzwischen war Rudloff, welcher nicht weit von der Schenke wohnt, ausgegangen, um sich, wie er angiebt, in der Schenke Schnupftoback zu kaufen. Ehe er noch dahin kam, bemerkte er, daß jemand mit einer Laterne, welches vermuthlich der Ludewigsche Knecht war, in die Schenke eingelassen wurde. In der Schenke selbst hörte er von der Wirthin, daß etwas in dem Kahlhardtschen Hause vorgegangen sey, welches er bey seiner Nachhausekunft seinen Leuten und seinem Nachbar Christoph Möhlis eröffnete, worauf dieser sich mit ihm nach dem Kahlhardtschen Hause verfügte. Die Ludewigsche Tochter, welche in ihres Vaters Hause zum Fenster heraussah, erzählte ihm, was sie wußte; auch befanden sich schon vor dem Kahlhardtschen Hause 6 bis 8 Leute auf der Straße, und unter diesen der Tobias Kahlhardt, welcher mit der Laterne zum Fenster hineinleuchtete, und sagte:

da liegt der Mann, und ist todt!

Dadurch wurde Rudloff bewogen, wieder in die Schenke, wo er noch alles ruhig fand, zu laufen und

Mordio!

zu rufen, worauf sodann Lerm wurde. Hierauf langte der Ludewigsche Knecht mit der Kahlhardtschen Haushälterin bey dem Hause an; weil aber diese den Schlüssel nicht bey sich hatte, so holte man eine Leiter, stieg zum Fenster hinein, fand den Kahlhardt todt und in seinem Blute auf dem Fußboden der Stube liegen.

Der Schulze Ehrhardt, welcher sich inzwischen auch in dem Hause des Erschlagenen eingefunden hatte, ließ die Mitglieder der Gemeinde in der Schenke zusammenkommen, um zu prüfen, ob an einem von ihnen Merkmale des verübten Mordes anzutreffen wären, veranstaltete zugleich eine allgemeine Haussuchung, und zeigte an dem darauf folgenden Morgen den Vorfall bey dem Gothaischen Amte an. Der Richter verfügte sich sogleich an Ort und Stelle, wo alles, was zu Ausmittelung des Corporis delicti diente, mit Zuziehung des Amtsphysici und Chirurgi, auf das sorgfältigste erforscht, und zum Protocoll genommen wurde. Man fand den Leichnam in der untern Wohnstube auf dem Fußboden rechter Hand am Eingange mit dem Kopfe nach den in die Straße gehenden Stubenfenstern, und zwar den größten Theil des Gesichts bis an den Mund, unter der am Stubenfenster hingehenden Bank, in einem Hemde, ledernen Beinkleidern und mit baumwollenen Strümpfen ohne Schuhe, auf dem Rücken liegend.

Zuerst fiel ein tiefer Einschnitt in den Hals, und eine große Menge theils geronnenen, theils flüssigen Bluts in die Augen. Gesicht, Hals, Brust und die Kleidungsstücke waren mit vielem, größtentheils trockenem, Blute besudelt. Sowohl auf der von den Fenstern nach der Stubenthüre zu, längs der Lage des Körpers, hingehenden Bank, als

an der bretternen Stubenwand, waren bis zu einer Höhe von 5 Schuhen verschiedene deutliche Merkmale von gesprützetem Blute, und die Aerzte schlossen aus der Form und Richtung dieser Blutstropfen und Streifen, daß dieses Blut aus verletzten Adern, besonders aber aus Schlagadern, und zwar von unten, aus der Gegend des Halses aufwärts gesprützt wäre. Auch sah man an dem untern Schieber des mittelsten Stubenfensters in der untern Ecke, wo man gewöhnlich den Schieber mit der Hand aufzuschieben pflegt, eine deutliche Spur von Blute an dem Holz sowohl, als am Glase. Ferner wurde das Gericht durch den Michael Ludewig auf die schon am vorhergehenden Abende von ihm bemerkten Spuren vom Ausgleiten der Schuhabsätze und auf mehrere dabey befindliche Blutstropfen aufmerksam gemacht. Diese Merkmale eines vermuthlichen Ringens und Kämpfens befanden sich zwey Schuhe seitwärts von den Füßen des Entleibten. Nicol Vogt, der Kahlhardtschen Haushälterin Verlobter, und Tobias Kahlhardt, welche am vorhergehenden Abend zuerst eingestiegen waren, versicherten, daß sie den Leichnam in eben dieser Stellung dazumal schon gefunden hätten.

Bey der genaueren Besichtigung des Leichnams fanden sich an dem übrigens gesunden, wohlgenährten und musculösen Körper nicht nur fünf Stirnwunden, sondern auch die vorher schon erwähnte große Halswunde, wie auch eine, welche hinter der Mitte des Rückens vom rechten Ohr durch die äußere Bedeckung bis auf die entblößten Knochen drang, welche eine einen Zoll lange und $\frac{1}{4}$ Zoll breite Spalte bildete. Ferner befanden sich im Angesicht an der Haut, da, wo das obere und untere Augenlied vom linken Auge neben dem äußern Augenwinkel

zu-

zusammenfließen, einige kleine blaurothe mit Blut unterlaufene Flecken, eben dergleichen auf der Nase nach der rechten Seite zu, auf der rechten Hälfte der obern Lippe und des rothen Theils der Unterlippe, wie auch am Munde und dem innern Theile der Lippe, woran die Haut in der Größe einer Linse zerrissen war.

In der innern Fläche der rechten Hand fand sich an der Spitze des Zeigefingers ein durch die äußern Bedeckungen gedrungener Schnitt $\frac{1}{3}$ Zoll lang; ein ähnlicher Schnitt war ebenfalls auf der innern Fläche des Mittelfingers in der Mitte des ersten Gliedes anzutreffen, welcher $\frac{1}{2}$ Zoll lang und bis auf die Knochen gedrungen war, und mit dem vorhergedachten in gleicher Richtung fortlief. An der innern Fläche der linken Hand, und zwar im ersten Gliede des Mittelfingers, war ebenfalls ein schräglaufender Schnitt zu sehen, welcher einen halben Zoll lang und durch die äußern Bedeckungen bis auf die Knochen gedrungen war. Am Ellbogen des linken Arms war die Haut mit Blut unterlaufen.

Bey kunstmäßiger nähern Untersuchung der Wunde fand es sich, daß die große Halswunde aus mehreren Gründen für schlechterdings tödtlich zu halten sey. Sie hatte nemlich die ganze vordere Fläche des Halses von einer Seite zur andern bis auf die Wirbelbeine gespalten, war 4 Zoll breit, und klaffte 3 Zoll weit, von oben nach unten, aus einander. Sie fing rechts einen Zoll unter und hinter dem Winkel der Unterkinnlade an, und lief dann schräg herüber und oberwärts, so, daß sie sich auf der linken Seite 1 Zoll hoch über der Mitte des linken Schlüsselbeins endigte. Die Ansicht der

Wunde,

Wunde, und besonders der äußern Bedeckungen, ergab es, daß diese Verletzung mit einem scharfen schneidenden Instrumente geschehen seyn müsse. So sah man auch aus den auf jeder Seite der Wunde doppelten Einschnitten in die Haut, daß die Verletzung durch zweymaliges Eindringen des schneidenden Instruments geschehen war. Der Schnitt war auf jeder Seite tief in das Fleisch des musculi sternocleidomastoidei eingedrungen, und es war derselbe, besonders auf der rechten Seite, fast durchgeschnitten. Im Boden der Wunde fühlte man die Halswirbelbeine, in welche, wie nachher umständlicher bemerkt werden wird, zwey Schnitte eingedrungen waren. Alle in diesem Umfange liegende Theile des Halses waren durchgeschnitten, und zwar so, daß der Schnitt mitten durch den Schildknorpel und den dahin liegenden Schlund gegangen, und, um nur die wichtigsten Theile zu nennen, beide arterias carotides communes, und die an denselben herablaufenden Nerven, wie auch die innern Hohladern (venas jugulares internas) entzweygespaltet hatte. Der Schildknorpel war nicht zersplittert, sondern die Ränder des Schnitts waren glatt. Um nun die Verletzungen der Halswirbelbeine genauer bemerken zu können, wurden die im Wege liegenden weichen Theile weggeräumet, und diese Knochen entblößt. Hier fand man, daß der untere Schnitt zwischen das 5te und 6te Halswirbelbein in den Zwischenknorpel (cartilago intervertebralis) $\frac{1}{3}$ Zoll tief eingedrungen war, aber so, daß doch auch die Ränder der Körper beider Wirbelbeine gestreift worden, und deshalb splittrig anzufühlen waren. Einen Zoll über dieser Stelle befand sich die zweyte Verletzung, welche die Spitze der vordern Wurzel vom rechten Queerfortsatz (processus transversus) des

vier-

vierten Halswirbelbeins abgeschnitten, dann mit einer schräg von oben nach unten und von der rechten nach der linken Seite herablaufenden Spalte, erst durch das rechte Ende des untern Randes vom Körper dieses Wirbelbeins, dann durch den Zwischenknorpel, und endlich durch den linken Theil des obern Randes vom Knorpel des 5ten Halswirbelbeins durchgedrungen war, und den linken processum transversum dieses Wirbelbeins so zerschmettert hatte, daß sich mehrere kleine Splitter desselben fühlen ließen. Die Knochenränder dieser Spalte waren rauh anzufühlen; die Breite der Spalte betrug eine Linie, ihre Tiefe $\frac{1}{4}$ Zoll.

Uebrigens urtheilten die Aerzte, daß die Halswunde nicht mit einem gewöhnlichen Taschenmesser, sondern von einem mit großer Gewalt geführten Hiebe mit einem Schwerdte oder andern großen schneidenden Werkzeuge herrühre, da sie durch die Mitte des festen Schildknorpels bis an die Halswirbelbeine gedrungen wäre, weil, wenn sie vom einem Beile herkäme, der Schildknorpel dadurch nicht glatt durchschnitten, sondern gesplittert seyn würde.

Die Verletzungen am Hirnschädel hingegen waren bloße Brüche der Hirnschaale, wodurch das Gehirn selbst nicht verletzt worden, und wurden daher nicht für absolut tödtlich geachtet, obgleich eine tödtliche Hirn-Erschütterung damit konnte verbunden gewesen seyn; doch waren sie an sich tödtlich, weil ohne die thätigste Mitwirkung der Kunst die Natur allein sie nicht geheilt haben würde. Die Aerzte urtheilten, daß diese Verletzungen durch ein stumpfes Werkzeug, vermuthlich durch ein Beil, verursacht worden, und erklärten den Tod des Entleibten auf folgende Weise.

Zuerst

Zuerst habe der Entleibte die Schläge auf den Kopf erhalten, während welcher es ihm noch möglich gewesen wäre, zu schreyen. Wahrscheinlich sey er nachher betäubt zu Boden gestürzt, und durch diesen Fall sey aller Wahrscheinlichkeit nach die Suggillation am linken Ellenbogen veranlaßt worden. Den Hieb in den Hals habe er vermuthlich erst, nachdem er schon niedergefallen wäre, erhalten; denn das Blut wäre rings um den Hals auf die Erde geflossen, und von der Erde aufwärts an Bank und Wand gesprützt. Die Schnitte in den Fingern erklärten sie daher, daß der Mörder das Schwerdt, welches der unglückliche Kahlhardt fassen und von sich abwenden wollen, ihm durch die Hände gezogen habe.

Gewiß ist es, daß der Entleibte durch einen andern getödtet worden, dabey aber auch wahrscheinlich, daß der Mörder, wenn er die Absicht hatte, den Getödteten zu berauben, seine Absicht nicht erreicht habe, weil er vermuthlich dadurch gestört worden, daß die Ludewigin und ihr Knecht sich auf die Straße begaben, und sich vor der Hausthür des Entleibten einfanden. Denn man fand nicht nur in den Beinkleidern des Entleibten seinen Tischkastenschlüssel und 7 gr. 6 pf. Geld, sondern es wurde auch in der Folge bey der Inventur auf dem Kahlhardtschen Hausboden in dem Hafervorrath 519 fl. 14 gr. baares Geld in Gold- und Silbersorten vorgefunden.

So wenig sich nun also auch daran, daß im gegenwärtigen Falle ein vorsätzlicher Todtschlag vorhanden sey, zweifeln läßt, so ungewiß ist es doch, zu welcher besondern Gattung von Todtschlägen er zu rechnen ist. Denn wenn auch auf der einen Seite der Ruf der Wohlhabenheit, in welchem der Entleibte

leibte stand, die Gewinnsucht, ihn zu berauben, und, zur Sicherung des Raubes, zu tödten, reizen konnte; so war es doch auf der andern Seite im Dorfe nicht unbekannt, daß er das Geld zu verstecken pflege, und eben deswegen wahrscheinlich, daß sein Mörder bey ihm seine Absicht nicht erreichen werde.

Wollte man dagegen annehmen, daß ein Auswärtiger, welcher vielleicht diesen Umstand nicht gewußt hätte, der Mörder gewesen sey; so vereinigten sich wiederum nicht wenige Umstände, um diese Vermuthung auszuschließen.

Merkmale eines gewaltsamen Einbruchs waren nicht vorhanden, und die kurz vorher geöffnete Vorderthüre führt auf die Vermuthung, daß der Mörder ein Bekannter gewesen sey, welchem der übrigens furchtsame Kahlhardt die Thüre selbst geöffnet habe. Hierzu kommt die fürchterliche Wachsamkeit des Kahlhardtschen Hofhundes, welcher einen Fremden nicht, ohne ihn zu beißen, würde haben davon kommen lassen, wie auch das an der Hofthüre unter der Klinke bemerkte Zeichen eines Angriffs mit blutiger Hand, und die Spuren eines Fußtrittes an dem Ziehbrunnen, zwischen dem Kahlhardtschen und Jungischen Hause, als woraus es wahrscheinlich wird, daß der Mörder, welcher es nicht wagte, zur Vorderthür wieder herauszugehen, sich durch die Hofthüre über den gedachten Ziehbrunnen geflüchtet habe.

Vergeblich verfolgte man die Anzeigen, welche sich dieses Verbrechens wegen gegen verschiedene Personen ergaben. Der stärkste Verdacht fiel auf den gegenwärtigen Inquisiten, welcher ohne einen wahrscheinlichen Grund zur Zeit des begangenen Verbrechens außer seinem Hause gewesen war, sich in

bedrängten Vermögens-Umständen befand, ohnedieß verschiedener Verbrechen schon verdächtig, und einige Tage vorher um dieselbe Stunde bey dem Entleibten gewesen, und dessen Betragen bey diesem Besuche so beschaffen gewesen war, daß dieser dadurch war veranlaßt worden, sich darüber auf eine bedenkliche Weise zu äußern.

Als daher zu einer Zeit, da sein Schwiegervater, der Schultheiß Ehrhardt, eben abwesend war, die Gemeindevormünder zusammenberufen wurden, um die ihnen etwa bekannten Anzeigen gegen den vermuthlichen Thäter anzugeben, erklärten diese einmüthig, daß sie keinen andern als eben diesen Illhardt für den Mörder halten könnten.

Nun bestätigt sich zwar die Angabe nicht, als ob Illhardt am Abend der Ermordung ganz abgemattet und außer Athem nach Hause gekommen wäre, und daß man ihn in der Folge gesehen habe, ein Pack Wäsche ins Wasser werfen; dagegen aber drückt den Inculpaten der Umstand, daß er zu der Zeit, als der Entleibte begraben worden, weggegangen war, und daß in seiner Behausung ein kleines allem Anschein nach mit Blut besprütztes Beil, und hernach in der Stube, wo der Entleibte ermordet worden, ein Nagel gefunden wurde, welcher vermuthlich dazu gedienet hatte, um das Eisen an den hölzernen Stiel zu befestigen.

Diese Verdachtsgründe verstärkten sich durch die theils unwahr befundenen, theils unwahrscheinlichen Erzählungen des Inculpaten, und durch die mehrmalige Abänderung derselben, so daß man also auch kein Bedenken trug, die Special-Inquisition gegen ihn zu eröffnen. Zu einem Geständniß der That hat er jedoch nicht gebracht werden können, ob er gleich zu wiederholtenmalen einräum-

räumte, daß er, obgleich ohne seine Schuld, der That verdächtig sey.

Eines vor 3 Jahren begangenen Diebstahls wurde er jedoch so weit überführt, daß er einräumen mußte, bey seinem Schwager, dem Steuereinnehmer Ehrhardt zu Ballstedt, in dessen Abwesenheit eingestiegen, und eine beträchtliche Summe Geldes mit sich genommen zu haben, welche er erst, nachdem man sie bey ihm in der Tasche gefunden, herausgegeben hat. Aber auch hierbey leugnet er die Absicht zu stehlen, und behauptet, daß es nur ein Spaß gewesen wäre, um seinem Schwager zu zeigen, wie leicht er zu bestehlen sey.

Er wurde nach geschlossener Untersuchung gehörig vertheidigt, und nach erfolgter Acten-Versendung wurde gegen ihn die peinliche Frage erkannt, wogegen er aber das Rechtsmittel der weitern Vertheidigung einwendete.

Ueber die Wirklichkeit des begangenen Verbrechens kann, nach dem, was bereits oben ausgeführt ist, kein Zweifel seyn.

Indessen ist doch hierbey noch zu bemerken, daß der medicinischen Facultät zu Jena in der Folge nicht nur das vorher erwähnte Beil nebst dem Nagel, sondern auch die bis dahin verhandelten Acten nebst dem darin befindlichen Gutachten der Aerzte zugefertiget worden, um darüber ein Gutachten zu erstatten, ob die an dem Leichnam des ermordeten Kahlhardts vorgefundene Halswunde nicht durch ein Beil habe zugefügt werden können.

Die Beantwortung dieser Frage fiel bejahend aus, weil das miteingesandte Beil eine scharfe Schneide habe, wodurch der Schildknorpel gar wohl, ohne zersplittert zu werden, glatt habe zerschnitten und die Wirbelbeine zertrennt und zer-

schmettert werden können. Diese Wirkung lasse sich nicht eben sowohl erklären, wenn man ein Messer voraussetzt, und sogar ein Schlächtermesser oder Couteau würde keine so tiefe bis in die Halswirbelbeine eindringende Verletzung, Zertrennung und Zersplitterung verursacht haben. Alles aber werde erklärlich, wenn man voraussetze, daß Illhardt, welcher als ein Dragoner und Holzhauer gar wohl mit dem Hauen und mit dem Beile umzugehen wußte, diese Wunde vermittelst des Beils hervorgebracht habe.

Ob und in wie fern der jetzige Inquisit für den Thäter zu achten sey, wird unten näher erörtert werden. Hier wird es genug seyn zu bemerken, daß es schon an sich unwahrscheinlich sey, anzunehmen, der Mörder habe sich zugleich mit einem Beile und mit einem Schwerdte oder anderm großen schneidenden Werkzeuge versehen, zumal da aus allen oben erzählten Umständen nicht unwahrscheinlich ist, daß der Thäter von dem Ermordeten selbst zur Hausthüre hereingelassen, in dem Hause des Entleibten aber kein blutiges Instrument, woraus diese Wirkung erklärt werden konnte, vorgefunden worden. Hierzu kommt, daß, aller Vermuthung nach, die Halswnnde dem Entleibten nach den Kopfwunden zugefügt worden, und wahrscheinlich zu einer Zeit, als derselbe schon am Fußboden ausgestreckt lag, mithin das Beil mit aller Gewalt von oben herunter nach dem Halse geführt werden konnte.

Es scheint zwar, als ob das Corpus delicti darum nicht für vollständig ausgemittelt gehalten werden könnte, weil an dem Hosenlatz des Entleibten Gassenkoth bemerkt, und dadurch die Vermuthung veranlaßt worden, daß derselbe auch einen Tritt gegen das Gemächte erhalten haben möchte,

dieser

dieser Umstand aber bey der nähern Besichtigung des Leichnams unbeobachtet geblieben ist.

Allein da der Körper entkleidet auf eine Tafel gelegt, dabey aber eine Verletzung am Gemächte wol hätte bemerkt werden müssen; so ist auch anzunehmen, daß keine Verletzung dieser Art vorhanden gewesen sey, wie denn auch die Halswunde, an sich betrachtet, schon als hinlängliche Todesursache erscheinet.

Nachdem wir diese das Corpus delicti betreffende Bemerkungen vorausgeschickt, und zugleich die Umstände bemerkt haben, welche den Richter zu der Entdeckung des Thäters leiten können, wenden wir uns zu der Untersuchung der Frage:

Ob der gegenwärtige Inquisit des Verbrechens so weit überführt sey, daß gegen ihn die peinliche Frage erkannt werden könne.

Hierbey wird es nöthig seyn, näher zu prüfen, ob Inquisit ein Mensch sey, zu welchem man sich der That wohl versehen könne, und da hiermit die Frage, ob und welcher Verbrechen der Inquisit bereits überführt sey, in Verbindung steht; so müssen nachstehende Hauptpuncte in folgender Ordnung erörtert werden, nemlich:

I. Was ergeben sich aus seinem Lebenswandel überhaupt für Gründe, ihn für den Verbrecher zu halten?

II. Wie weit ist er sonst eines Verbrechens, besonders aber des oben schon erwähnten Diebstahls, überführt, und welche rechtliche Folgen treffen ihn deshalb?

III. In wie fern kann er des Kahlischen Mordes verdächtig oder schuldig erachtet werden?

I. Was nun zuerst die Frage betrifft, ob Inquisit ein Mensch sey, zu dem man sich der ihm angeschuldigten Verbrechen wohl versehen könne; so kommen hierbey vorzüglich seine persönlichen Umstände, und sein bisher geführter Lebenswandel in Betrachtung.

Er heißt Johann Caspar Ilhardt, ist 34 Jahr alt, und aus dem Gothaischen Amts Dorfe, Warza gebürtig. Seine Mutter ist vor 27 — 28 Jahren gestorben, sein Vater aber, welcher ein Bauersmann war, ungefähr im Jahr 1769. oder 1770. heimlich fortgegangen, ohne in der Folge Nachricht von sich zu geben. Außer dem, was auf seine Erziehung verwendet worden, hat er von seinen Eltern nichts erhalten. Seiner Mutter Bruder erzog ihn bis in sein 15tes Jahr, und er wurde dabey nicht nur zu häuslichen Arbeiten gebraucht, sondern auch zu einem tugendhaften Lebenswandel angewiesen, und sieben Jahre lang zur Schule gehalten. Der Inhalt des sechsten und siebenten Geboths ist ihm bekannt.

Im 15ten Jahre ging er als Tambour unter das Herzogl. Sächsische dasige Dragonerregiment. Auf die Frage: warum er den arbeitsamen Bauernstand verlassen und den Soldatenstand ergriffen habe, antwortete er: er habe eines Theils damals einen Bruder bey den Dragonern gehabt, andern Theils sey er auch von einem damaligen Dragoner-Corporal, jetzigen Profos, Nahmens Heisler, dazu angereizt worden.

Er hat erst 13 Jahr zu Ballstedt, dann einige Monat zu Döllstedt, und darauf wiederum ohngefähr vier Jahre zu Ballstedt, als Dragoner im Quartier gelegen; auch hat er bey dem ermordeten Kahlhardt ungefähr alle anderthalb Jahre 11 — 12.

Tage

Tage sein Quartier gehabt. Er räumet auch ein, daß ihm dessen Wohlhabenheit, und die ganze Lage des Kahlhardtschen Hauses wohl bekannt gewesen sey. Er leugnet auch nicht, daß, ob er gleich mit den Seinigen durch Feldarbeit bey seinem Schwiegervater, dem Schultheißen Ehrhardt, einigen Verdienst gehabt, und ihm auch die Einkünfte von den Ländereyen seiner Ehefrau zu Hülfe gekommen, er dennoch beträchtliche Schulden gehabt habe, so daß gegen ihn verschiedentlich bis zur Auspfändung geklagt worden.

Dieser Schuldenzustand ergiebt sich noch näher aus den mit eingesendeten Acten, welchen noch die gegen ihn auf Andringen der einzelnen Glaubiger ergangenen Acten beygefügt worden.

Besonders verschlimmerten sich seine Umstände, als er im November 1793 mit einem Laufpasse vom Dragoner-Regiment entlassen wurde. Nach dieser Entlassung suchte er sich dadurch fortzuhelfen, daß er Subcollecteur verschiedener Geld- und Waarenlotterien wurde.

Daraus erwuchsen in kurzer Zeit 250 rℓ Schulden, welche er bey seinen Hauptcollecteurs machte, und weswegen er sich weniger durch Betreibung der etwannigen Rückstände von den Einsetzern als durch ferneren Credit der Lotteriecollecteurs Luft zu verschaffen suchte; wie er denn auch eingestehen muß, daß er außerdem noch Schulden hatte, so daß sich die Summe derselben auf 700 — 800 Mfl. belief.

Aus allem, was bisher vorgekommen ist, ergiebt sich hinlänglich, daß Inquisit sich in so bedrängten Vermögensumständen befand, daß er dadurch leicht veranlaßt werden konnte, die äußersten Mittel zu ergreifen.

So dringend indessen seine Noth war, so hat er doch diese mit einer großen Menge Menschen gemein, und es kann, wenn andere Umstände nicht hinzutreten, die Dürftigkeit allein den Verdacht, eine so unmenschliche That verübt zu haben, noch nicht rechtfertigen, zumal da Inquisit in den Acten als ein für sein krankes Kind sehr besorgter Vater erscheint.

Es läßt sich aber auch aus diesem Umstande allein noch nicht schließen, daß er zu einer solchen That unfähig gewesen sey, weil eines Theils die Geschichte nur selten Bösewichter aufstellt, welche allen menschlichen Gefühlen entsagt haben, und man daher öfters bey großen Verbrechern ähnliche Handlungen wahrnimmt, und weil andern Theils die nach Art der Eigenliebe wirkende Sorge für die Verwandten das Gefühl der Noth und mit ihm den Reiz zu den äußersten Mitteln vermehrt. Dieß ist besonders der Fall bey denen, welche andere Geschäffte mehr, als die häuslichen lieben, und sich von Jugend auf gewöhnt haben, in der Wahl der Mittel zu ihren Zwecken nicht bedenklich zu seyn.

Und so sehr es auch der Erfahrung widersprechen würde, wenn man das Soldatenleben als den Grund der Gewohnheit betrachten wollte, die Tödtung Anderer mit größerer Gleichgültigkeit anzusehen; so liefert uns doch dieser Stand häufige Beyspiele, wie leicht sich Härte gegen Andere mit Weichherzigkeit gegen die Mitglieder der eigenen Familie vereinigen lasse.

Die Noth des Inquisiten kann daher, seiner Kindesliebe ungeachtet, von welcher ohnedieß wenig mit Zuverlässigkeit erhellet, als ein Grund gelten, bey ihm einen Reiz zu unerlaubten Handlungen, wodurch diese Noth gehoben werden konnte, vor-

aus-

auszusetzen. Gewiß ist es jedoch, daß der bloße Reiz zum Verbrechen noch nicht hinreiche, den, bey welchem dieser Reiz vorausgesetzt werden kann, als einen Menschen zu betrachten, zu welchem man sich der That wohl versehen kann; vielmehr bedarf es, um dieß anzunehmen, einer nähern Untersuchung des Gemüths-Characters; und hierbey muß der Richter weniger seinem Scharfsinne bey Entwickelung psychologischer Vermuthungen, als den aus den Acten sich ergebenden Thatsachen trauen.

Das von den Herzoglich Sächsischen Dragoner-Regiments-Gerichten ausgestellte, seinen Lebenswandel betreffende Attest, lautet folgendergestalt:

daß der vormalige Dragoner, Johann Caspar Illhardt, bey dem Herzoglich Sachsen-Gothaischen Dragoner-Regiment 16 Jahre 9 Monate gedienet, auch in seinen ersten Dienstjahren eine gute Betragung an sich spüren lassen, in seiner letzten Dienstzeit jedoch solche Umstände eingetreten, welche seine Dienstentlassung veranlaßt haben, welche auch den 30sten November 1793 wirklich erfolget seyn.

Dieses Zeugniß ist nun keinesweges so beschaffen, daß man dadurch über den Lebenswandel des Inquisiten eine befriedigende Nachricht erhielte; denn da die in seiner letzten Dienstzeit eingetretenen Umstände nicht näher angegeben worden, so kann man nicht wissen, ob darunter nur der Diebstahl gemeint sey, dessen oben schon gedacht worden, oder ob noch andere Gründe vorhanden waren, mit seinem Lebenswandel unzufrieden zu seyn.

Alles, was daher aus dem, was bisher angeführt worden, geschlossen werden kann, besteht

darin, daß er nicht in dem besten Rufe stehe. Dieser böse Ruf ergiebt sich auch besonders daraus, daß die in dieser Untersuchungssache abgehörten Mitglieder der Gemeinde so geneigt sind, ihn schuldig zu finden.

So widrig jedoch die Vermuthung ist, welche daraus wider ihn entspringt, so groß muß die Vorsicht des Richters seyn, damit der Inquisit nicht das Opfer des gegen ihn entstandenen Widerwillens werde, und es müssen daher die Thatsachen, worauf sich der Verdacht gründet, und welche den bösen Ruf veranlaßt haben, näher geprüft werden.

II. Was nun also die ihm schuldgegebenen unerlaubten Handlungen betrifft; so kommt dabey

1) der an seinem Schwager dem Steuereinnehmer Ehrhardt verübte Diebstahl vorzüglich in Betrachtung.

Inquisit hat zu wiederholtenmalen bekannt, daß er am 1sten September 1793. an einem Sonntage während des vormittäglichen Gottesdienstes bey gedachtem seinem Schwager eingestiegen, und eine beträchtliche Summe Geldes, welche er selbst dem Gewichte nach auf 130 ℔ schätzt, nebst noch andern Geldstücken von geringerm Betrage weggenommen und zu sich gesteckt habe.

Auf die Frage, wie er auf den Gedanken gekommen sey, seinem Schwager das Geld zu nehmen, antwortet er bey dem 26sten Artikel:

das wisse er selbst nicht;

doch fügt er bey dem 38sten Artikel hinzu:

er sey dazu dadurch veranlaßt worden, weil sein Schwager seine Hofthüre unverschlossen gelassen habe, wenn derselbe mit den Seinigen vom Hause weggegangen sey;

und bey dem Artikel 41. sagt er:

er sehe wol ein, daß seine damaligen Handlungen einem Diebstahle völlig gleich wären; aber er müsse doch behaupten, daß er seines Schwagers Geld damals nicht geholt, um es zu behalten oder zu stehlen.

Ob nun gleich Inquisit sich in seiner Aussage beständig darin gleich geblieben ist, daß er behauptet, er habe bloß einen Spaß zur Absicht gehabt, und seinen Schwager eben dadurch vorsichtiger machen wollen; so hat er doch auch eingestehen müssen, daß er das gefundene schwere Geldpaket mit sich von Ballstedt nach dem Dorfe Hausen geschleppt, daselbst mit sich in die Kirche genommen, und daß er die angebliche Absicht, einen Spaß zu machen, auch alsdann nicht entdeckt habe, als Victor Ehrhardt und Tobias Keil in die Hauser Schenke kamen, und ihm sagten, daß sein Schwager, der Steuereinnehmer, bestohlen worden. Da der vorgedachte Victor Ehrhardt ebenfalls sein Schwager war, dem er also auch seine Absicht ohne Bedenken entdecken können, er selbst auch bey dem Artikel 87. einräumet, daß er zu dieser Eröffnung in der Hauser Schenke gute Gelegenheit gehabt habe; so fällt es von selbst in die Augen, daß die angegebene scherzhafte Absicht, welche ohnedieß unter den vorhandenen Umständen nicht vermuthet werden konnte, ein leeres Vorgeben sey. Auch alsdann noch, als er aufgefordert wurde, nebst dem Wachtmeister Heidehaus, dem Dragoner Sachs und den vorgedachten Personen, von Hausen nach Ballstedt zurückzugehen, um seinen bestohlnen Schwager zu trösten, und er sich deshalb mit ihnen wirklich auf den Weg machte, hatte er zu dieser Eröffnung noch Zeit, weil, wenn er sich auch von dem Wachtmeister

meister Heidehaus und dem Dragoner Sachs gescheuet hätte, diese doch, wie er selbst bey dem Artikel 89. angiebt, vorausgingen. Noch unwahrscheinlicher erscheint sein Vorgeben, wenn man erwägt, daß er seine Absicht auch dann noch verschwieg, als er wirklich bey seinem Schwager eintraf. Ja er hielt mit der Kundmachung seiner Absicht auch zu der Zeit noch zurück, als der Dragoner Sachs ihm sagte:

Bruder, sie geben dir den Gelddiebstahl Schuld.

Er leugnete vielmehr den Besitz des Geldes, welches man schon in seiner Tasche bemerkt hatte, und dabey blieb er, als bereits die Visitation seiner Tasche war in Vorschlag gebracht worden.

Er getrauet sich daher auch nicht zu leugnen, daß der Wachtmeister Heidehaus von ihm verlangt habe, daß er sich von ihm visitiren lassen solle, und daß er hierauf sein Schnupftuch aus der einen Rocktasche mit den Worten gezogen habe:

Was! ich soll das Geld haben?

Nun will zwar Inquisit sich aller dieser Umstände nicht mehr genau erinnern; allein da er sie doch nicht abzuleugnen vermag, und die Aussagen der Zeugen ihm entgegenstehen; so kann ihm diese affectirte Unwissenheit nicht zu Statten kommen. Wenn man aber auch diese Umstände als zweifelhaft dahingestellt seyn läßt; so bleibt doch soviel gewiß, daß er, als er endlich genöthiget wurde, das Geldpaket aus der Tasche herauszunehmen, es blos mit den Worten:

da ist es!

hingelegt, und auch alsdann noch nichts von der angegebenen spaßhaften Absicht habe merken lassen,

wozu

wozu er doch um soviel mehr Veranlassung hatte, da der Dragoner Sachs ihm hierauf das Seitengewehr abnahm.

Ueber dieses alles ist noch zu bemerken, daß er auch die außer den 130 rℓ bey sich habenden geringern Geldsummen nicht eher, als nachdem sie ihm abgefordert wurden, herausgab, und zwar allererst alsdann, als er schon fortgegangen war; so daß der Damnificat ihm noch nachgehen mußte, um ihm diese in seiner Hosentasche zurückbehaltenen Gelder abzufordern.

Bey jeder heimlichen Entwendung muß, bis das Gegentheil erwiesen ist, die gewinnsüchtige Absicht vorausgesetzt werden,

Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts §. 346.

und die Begünstigung des Angeschuldigten (favor defensionis) kann nie so weit gehen, daß die bloße Behauptung einer Absicht, deren Gegentheil aus den Umständen erhellet, für erwiesen angenommen werden könnte.

Es ist daher in Ansehung dieser im gegenwärtigen Falle aus den Umständen klar erhellenden Absicht weder ein Reinigungseid, noch die peinliche Frage erforderlich.

Der Damnificat hat übrigens das Corpus delicti eidlich erhärtet, und ob es gleich scheinen möchte, als hätte der Damnificat selbst die angegebene spaßhafte Absicht des Inquisiten für wahr angenommen, weil er diesen Diebstahl nicht weiter gerügt hat; so fällt doch diese Vermuthung hinweg, sobald man erwägt, daß derselbe vollkommen befriediget war, und er als Schwager Ursache hatte, den Inquisiten zu schonen, daß er aber bey der in der Folge geführten Untersuchung die oft erwähnte

heim-

heimliche Entwendung als einen wirklichen Diebstahl eidlich erhärtet hat.

Bey dieser Lage der Sache kommt es also nur auf die Entscheidung der Frage an, welche Strafe Inquisit durch diesen Diebstahl verwirkt habe.

Nun könnte es zwar scheinen, als finde im gegenwärtigen Falle noch kein Straf-Erkenntniß Statt, zumal da ohnedieß eine Verschärfung des vorigen Urtheils unstatthaft sey. Allein da nach gemeinen Rechten sogar statt der zu eröffnenden Special-Inquisition auf eine außerordentliche Strafe erkannt werden kann,

Westphals Criminal-Recht, Anm. 143. §. 4.

und da nach der Meinung einiger Rechtslehrer sogar nach überstandener Tortur eine außerordentliche Strafe statthaft seyn soll;

de Boehmer ad Carpzovium Qu. 125. observ. 2.
Heil Judex et defensor, cap. 5. §. 48.

So hat Inquisit im Falle einer gelinden außerordentlichen Strafe keine Ursache über Verschärfung des vorigen Urtheils zu klagen, wie denn auch die

Herzogl. Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceß-Ordnung P. III. cap. 10. §. 1.

solchenfalls die Bestimmung einer außerordentlichen Strafe billiget.

Bey Bestimmung der Strafe selbst, kommt es vorzüglich auf Entscheidung der Frage an, zu welcher Klasse der Diebstähle der, von welchem hier die Rede ist, gehört.

Zu diesem Ende muß die Art und Weise, wie der Diebstahl begangen worden ist, näher erörtert werden. Inquisit hatte, als er bey dem Hause seines Schwagers, des Steuereinnehmers Ehrhardt, eintraf, die Patrontasche umhängen, aber außer

dem

dem Pallasch kein anderes Gewehr bey sich. Als er auf den Füllmund trat, und zum Stubenfenster hineinsahe, bemerkte er, daß die Thüre des in der Stube stehenden Schränkchens, in welchem sein Schwager gewöhnlich sein Geld aufbewahrt, nur etwas beygelegt, und nicht verschlossen war.

Uebrigens ist hierbey zu bemerken, daß der Hof seines Schwagers so verbaut ist, daß derjenige, welcher sich einmal im Hofe befindet, in das Haus einsteigen kann, ohne von den nachbarlichen Gebäuden aus gesehen zu werden.

Ohne Gefahr konnte er es daher wagen, an dem Fenster zu rütteln, um es zu öffnen. Auch hatte er vorher die Hofthüre verschlossen.

Als die eine Fensterscheibe über dem Rütteln zersprang, stieß er sie vollends mit dem Gefäße des Pallasches ein, und setzte sich dadurch in den Stand, hineinzugreifen, und das Fenster zu öffnen.

Nachdem er wieder vom Füllmund herabgestiegen war, und seinen Pallasch an die Thorfahrtssäule im Hofe gestellt hatte, stieg er in die Stube, und holte aus dem unverschlossenen Schränkchen einiges Geld in Gothaischen Sechsern und Viergroschenstücken, welches er auf 2 — 3 rℓ schätzte. Da er gewahr wurde, daß der Schlüssel zum Tischkasten an demselben steckte, zog er den Tischkasten heraus, und schloß mit dem darin gelegenen Schlüssel die Stubenkammer auf, wo er hinter dem daselbst befindlichen Bette in der Ecke auf der Erde den oben erwähnten Geldpack fand.

Gewiß ist es, daß unter diesen Umständen ein großer Diebstahl anzunehmen sey; aber es läßt sich nicht behaupten, daß dieser Diebstahl unter die gefährlichen gehöre. Denn das bloße Einschlagen des Fensters, und das Einsteigen durch dasselbe, geschah

schah ohne Leiter und andere dergleichen Hülfsmittel, und es war dasselbe nicht durch mühsame oder schwer abzuwendende Anstalten, oder durch besonders verwegene Unternehmungen bewerkstelliget worden.

Kleins Criminalrecht §. 444.

Zufolge dessen, was schon oben angeführt worden, war eben dieses Fenster so gelegen, daß das Einsteigen durch dasselbe von den Nachbarn nicht bemerkt werden konnte. Das Steigen auf den Füllmund war leicht zu bewerkstelligen, und wenn auch der Griff des Pallasches angewendet wurde, um das Fenster einzustoßen: so wurde doch bey dieser Handlung dieses an sich tödtliche Gewehr nicht auf eine gefährliche Art gebraucht.

Hierzu kommt noch, daß Inquisit versichert, er habe vor dem wirklichen Einsteigen den Pallasch abgelegt, welches auch an sich nicht unwahrscheinlich ist, da ihm dieser beym Einsteigen hinderlich war, und alle Umstände zu erkennen gaben, er habe seine Maaßregeln so genommen, daß er des Gebrauchs des Seitengewehrs nicht bedurfte. Wenn er aber auch wirklich mit demselben eingestiegen wäre; so würde doch eine geflissentliche Bewaffnung nicht vorausgesetzt werden können, da er als Dragoner den Pallasch, besonders des Sonntags, zur Zierde brauchen konnte, wenn auch sein Vorgeben unrichtig seyn sollte, daß er sich zu Folge eines Befehls des Wachtmeisters auf den Weg gemacht habe.

Ueberhaupt war in Absicht auf den Diebstahl selbst die Bewaffnung zwecklos, und es ist nicht unwahrscheinlich, daß, obgleich das Unternehmen selbst sehr ernsthaft war, er doch die Absicht gehabt habe, im Falle einer Störung durch Andere einen Spaß vorzuwenden.

Es kommt also hier nur die Eigenschaft eines großen Diebstahls in Betrachtung, dessen Strafe jedoch gemildert werden muß, weil die gestohlne Sache dem Bestohlnen zurückgestellt worden.

Nun kann zwar im gegenwärtigen Falle die Wiedergabe des Gestohlnen nicht als Zeichen einer aufrichtigen Reue betrachtet werden; aber sie kommt als Schadensersatz um so mehr in Betrachtung, da der Bestohlne selbst deshalb keine Feindschaft auf den Inquisiten warf. In dieser Rücksicht ist die Zuchthausstrafe ohne Züchtigung erkannt worden.

Dieses Diebstahls wegen aber mußte nicht nur die im Urtheile bestimmte Strafe erkannt, sondern es muß auch in sofern darauf Rücksicht genommen werden, als er von dem Hange des Inquisiten zeugt, sich auch der unerlaubtesten Mittel zur Erreichung seiner Zwecke zu bedienen.

Wer kein Bedenken trägt, seinen eigenen Schwager auf diese Weise zu bestehlen, kann, wenn die Noth ihn dazu antreibt, auch für fähig gehalten werden, einen Mord zu begehen, ohne welchen er das nöthige Geld nicht erhalten kann.

2) Ist zwar die Vermuthung entstanden, als ob Inquisit den Fahnenjunker Schulteß in den Wald locken wollen, um ihn dort der bey sich habenden Compagniegelder zu berauben; allein diese Vermuthung beruhet auf allzu gewagten Voraussetzungen.

Es kann zwar als gewiß angenommen werden, daß Inquisit diesen Schulteß, wo nicht in den Wald hinein, doch in die Nähe desselben zu kommen gereizt habe, indem er ihm versprochen, ihm einen im Walde liegenden Hasen mitzugeben, welchen er aber nachher angeblich nicht fand.

Offenbar ist hier nur von einem möglichen, nicht von einem wirklichen Verbrechen die Rede, und zwar von einem solchen, wozu nur alsdann einige Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, wenn man das, was noch erst erwiesen werden soll, schon als richtig voraussetzt, daß nämlich Inculpat zum Morden geneigt sey.

Es kann also die in der Folge eidlich bestärkte Aussage des Schulteß, daß Inquisit ihn wirklich angelegen habe, in den Wald hineinzureiten, denselben nicht so weit verdächtig machen, daß man deswegen die Absicht, ihm das Geld abzunehmen, mit Wahrscheinlichkeit voraussetzen könnte.

3) Mehr aber fällt dem Inquisiten der Betrug zur Last, durch dessen Hülfe er bey dem Hofadvocaten Kunz Gelder, angeblich für die Pfarrerin Kletzerin, aber in der That zu seinem eigenen Gebrauch erhoben hat.

Sie war nämlich von ihm um 20 — 25 Rthlr. Geld angesprochen worden, welche sie ihm versagte, weil sie damit nicht versehen sey; sie fügte aber hinzu, daß vielleicht bey dem Vormunde ihres Kindes, dem Hofadvocaten Kunz in Gotha, Geld vorräthig liege, und daß es ihr nichts verschlagen sollte, wenn ihm dieser damit aushelfen wolle, weshalb er einen Versuch machen könne. Sie gab ihm jedoch dabey ausdrücklich zu verstehen, daß er das Geld auf seinen eigenen Namen erborgen solle.

Allein Inquisit erhob dieses Geld auf ihren Namen, und beharret dabey, daß er dazu von ihr die Erlaubniß erhalten habe.

Obgleich die Kletzerin ihre Aussage eidlich erhärtet hat, so ist doch der dabey begangene Betrug nur zur Hälfte bewiesen, und es kommt auch dabey noch in Rechnung, daß die Kletzerin nicht für einen

über

über alle Einwendungen erhabenen Zeugen gehalten werden kann, weil sie in gewisser Rücksicht als Zeugin in ihrer eigenen Sache zu betrachten ist. Indeß kann es ihr bey der gegenwärtigen Lage der Sache gleichviel seyn, auf welche Weise Inquisit Schuldner geworden ist; und ihre Aussage hat daher einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit für sich, weshalb daraus zwar kein völliger Beweis, aber ein dringender Verdacht einer begangenen Fälschung entsteht.

Nimmt man alle diese Umstände zusammen, und zieht man dabey besonders den einmüthigen Verdacht der gesammten Gemeindevormundschaft zu Ballstedt in Erwägung, so kann man wohl annehmen, daß Inquisit ein Mensch sey, zu dem man sich der That wohl versehen könne.

Denn, wenn auch, wie oben schon angeführt worden, eine ganze Gemeinde oft durch Privatleidenschaften zum Haß eines ihrer Mitglieder verleitet werden kann: so ist doch im gegenwärtigen Falle kein besonderer Grund dazu entdeckt worden, und die wirklich ausgemittelten Thatsachen geben zu erkennen, daß ihr Verdacht nicht ganz ungegründet war.

Hiergegen läßt sich zwar einwenden, daß auf solche Art dieselben Thatsachen doppelt gegen den Inquisiten in Rechnung gebracht würden, nämlich erstlich an sich betrachtet, und zweytens in so fern sie den Verdacht der Gemeingenossen begründen; allein es kommt hierbey noch in Betrachtung, daß bey einem solchen allgemeinen Verdacht die aus andern kleinern Umständen entstandene Ueberzeugung von der Schlechtigkeit des moralischen Characters mitwirkt, und daß wenigstens in dem Betragen eines solchen Menschen nichts anzutreffen seyn müsse, wodurch der durch den gegenwärtigen Zusammenfluß

der Umstände verursachte Argwohn gehoben würde. Worauf sich aber auch der Verdacht gründen mag, so ist doch wenigstens so viel gewiß, daß Inquisit nicht ohne seine Schuld in denselben gerathen ist.

III. Nach Vorausschickung aller dieser Umstände lassen sich nunmehr die wegen der Ermordung des Kahlhardts wider ihn entstandenen Anzeigen näher prüfen.

Sämmtliche Anzeigen lassen sich auf folgende Hauptpuncte zurückführen:

1) auf seine Abwesenheit während der Zeit des vorgefallenen Mordes;
2) auf das in seiner Behausung gefundene blutige Beil, und den in der Behausung des Ermordeten gefundenen Nagel;
3) auf sein verdächtiges Benehmen nach dem Morde;
4) auf sein Benehmen bey dem Richter; und
5) auf die Uebereinstimmung aller Handlungen, persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Inquisiten, zu Erklärung aller That-Umstände, welche sich vor, bey und nach der Ermordung des Kahlhardts ereignet haben, als ihrer Wirkung.

Was nun besonders seine Abwesenheit während der Zeit betrifft, da die Mordthat sich ereignete; so steht diese mit seinem vorhergehenden Besuche bey dem Entleibten, und vermittelst desselben, mit verschiedenen andern Umständen in Verbindung, welche alle einer genauen Erwägung bedürfen.

Daß er um dieselbe Zeit, als die Mordthat vorfiel, nicht zu Hause gewesen sey, ist an sich keinem Zweifel unterworfen; es kommt nur darauf an, ob er Zeit genug hatte, den Mord zu vollziehen, ob ein anderer Grund seiner Abwesenheit vor-

handen

handen sey, und diese Frage hängt wiederum mit dem zusammen, was in Ansehung eines vorhergehenden Besuchs von ihm gesagt und gethan worden.

Es ist schon oben angeführt worden, daß der Entleibte sich über einen Besuch, welchen Inquisit am Charfreytage, und also wenige Tage vor der Ermordung, bey ihm ablegte, auf eine bedenkliche Weise geäußert habe.

Es erzählt nämlich des Entleibten Haushälterin, Margarethe Kindlob, daß, als sie gedachten Tages, Abends um 10 Uhr, nach Hause gekommen, Inquisit eben fortgegangen sey, ihr Dienstherr aber deshalb gegen sie geäußert habe:

> das wäre ein seltsamer Besuch gewesen; er wisse nicht, was Illhardt gewollt; es wäre kein Wort und keine Weise bey diesem Besuche gewesen.

Auf gleiche Weise äußerte sich der Entleibte gegen die Gertraute Aghte.

Die vorhergedachte Aeußerung bestimmet die Kindlobin in der Folge so:

> es hätte zwar Illhardt gesagt, er wolle sich erkundigen, was er ihm noch zu thun (schuldig) wäre; allein es wäre doch beym ganzen Besuch kein Wort und keine Weise gewesen, und wäre von Illhardten nichts Rechtes herausgekommen.

Wie man auch diese Worte auslegen mag, so deuten sie doch immer auf die Zwecklosigkeit des Besuchs, und auf das sonderbare Benehmen des Inquisiten dabey.

Es ist zwar wahr, daß Inquisit ein Schuldner des Entleibten war; aber eben um diese Zeit war er dieser Schuld wegen von ihm nicht angegangen worden, und es mangelte daher an einer Ver-

anlassung zu diesem Besuche, dessen lange Dauer um so bedenklicher war, da der Entleibte bey einem Gespräche, welches nicht beständig unterhalten wurde, einzuschlafen pflegte.

Hieraus entsteht die Vermuthung, daß Inquisit entweder die Gelegenheit zu dem künftig um eben dieselbe Zeit auszuführenden Morde absehn, und sich dabey gelegentlich davon, wo der Entleibte sein Geld habe, unterrichten, oder den Mord schon an jenem Abende ausführen wollte, aber vielleicht durch die wider Vermuthen eintretende Wachsamkeit des Kahlhardts daran verhindert worden.

Dies sind indeß nur sehr entfernte Vermuthungen, welche ihr Gewicht erst durch andere Umstände noch erhalten müssen. Dahin gehört das Stillschweigen, welches Inquisit in Ansehung dieses Besuchs beobachtete. Denn als er das erstemal deshalb vom Richter vernommen wurde, wollte er von diesem Besuche nichts wissen, und mußte erst durch weitere Vorhaltungen zum Eingeständnisse desselben gebracht werden. Auch gegen seine Ehefrau verschwieg er ihn, und gab, als er ausging, vor, daß er zu David Jung gehen wolle. Dieses gesteht er selbst, er behauptet jedoch, daß er wirklich mit der Absicht ausgegangen sey, zu Jungen zu gehen, um sich mit ihm wegen der Einquartierung zu berechnen.

Wenn man auch dieses für richtig annehmen wollte, so würde doch immer das nachherige Stillschweigen darüber befremdlich bleiben, und zwar um so mehr, da er eben dieses Stillschweigen auch gegen die Richter beobachtete.

Allein die Absicht, Jungen zu besuchen, ist schon deswegen nicht glaublich, weil, wenn man auch die Veranlassung dazu nicht als ganz ungegründet

gründet betrachten wollte, jene Absicht dennoch schon aus folgenden Gründen unwahrscheinlich wird.

Denn dem Inquisiten war bekannt, daß Jung sich nicht zu Hause befand, und er ist eben deswegen, wie er selbst gesteht, nicht wirklich zu ihm gegangen, weil ihm, wie er vorgiebt, dieses erst unterweges eingefallen war.

Was nun besonders den Ausgang des Inquisiten zur Zeit des Mordes betrifft, so hat er die Ursache desselben eben so unrichtig angegeben, als seines Ausganges am Charfreytage Abends.

Er versichert nämlich, er sey um 7 Uhr ausgegangen, um beym Möhlis Holz zu kaufen. Wenn man auch dabey auf das üble Vernehmen, in welchem Inquisit mit dem Möhlis stand, keine Rücksicht nimmt, und dagegen annimmt, Inquisit habe wohl hoffen können, daß Möhlis das, was er der Magd, welche Inquisitens Ehefrau an ihn absenden wollte, abgeschlagen haben würde, ihm selbst vielleicht auf sein gütliches Ansuchen gewähren werde; so ist es doch auffallend, daß er diesen Besuch eben so wenig als den vorhergedachten bey Jungen wirklich gemacht hat.

Denn Inquisit will, als er bis zur Möhlisschen Behausung gekommen, wieder umgekehrt seyn, weil er fremde Stimmen gehört, und deswegen einen Besuch vorausgesetzt habe. Dieses ist schon darum unwahrscheinlich, weil sich alle Umstände darin vereinigen, daß es zu eben der Zeit im Möhlischen Hause so still zugegangen sey, daß es nicht wohl möglich gewesen, daß Inquisit durch die vernommenen fremden Stimmen könne veranlaßt worden seyn, einen Besuch, oder wol gar eine größere Gesellschaft, bey Möhlissen vorauszusetzen. Diese Unwahrscheinlichkeit wächst dadurch, daß der Möh-

lische Hund außerordentlich wachsam war, und bey der Annäherung eines Fremden zu bellen pflegte, welches aber dieses Mal nicht geschah.

Wenn man aber auch deswegen, weil man nicht wissen kann, was den Hund zu seinem damaligen Stillschweigen könne vermocht haben, auf diesen Umstand allein einen festen Schluß zu bauen Bedenken trüge: so würde man doch zugeben müssen, daß die Uebereinstimmung dieser kleinen Umstände die Angabe des Inquisiten verdächtig mache.

Noch verdächtiger aber wird sie dadurch, daß er selbst gestehen muß, daß er von seinem Ausgange zum vorhabenden Besuche beym Möhlis erst nach einer guten halben Stunde zurückgekommen sey, und man kann dieses Geständniß nicht aus dem Grunde für verdächtig halten, daß es durch eine Suggestion bewirket sey, da er bey dem 204ten Artikel sich darüber weiter ausläßt, und der vorgedachte Artikel aus seinen vorhergehenden Aussagen genommen war.

Es ist höchst auffallend, daß Inquisit bey einer solchen Witterung und bey einem so kleinen Wege, welcher nur hundert und etliche funfzig Schritte betrug, so lange verweilt haben sollte, und er weiß daher dieses Verweilen auf der Straße nur dadurch zu motiviren, daß er bey dem 204ten Artikel anführt, er sey wegen eines Gesprächs, welches er in der Schenke gehört, auf der Straße stehen geblieben. Er bekennt selbst, daß es dunkel, schmutzig und neblig gewesen sey, als er sich dazumal unterweges befand, ob er sich gleich darauf nicht zu erinnern weiß, ob es auch zu eben dieser Zeit geregnet habe, und des in der Schenke gehörten Gesprächs erwähnt er auch erst bey dem Specialverhör, da er vorher nur gesagt hatte, er sey muth-

sacht hin- und hergegangen, und habe sich auf der Straße umgesehen; vielmehr äußerte er dazumal, daß er ein klein Weilchen unter dem Möhlischen Fenster stehen geblieben sey, und bey seiner Wohnung verweilt und nach der Schenke gesehen habe. Diesem fügt er noch hinzu:

> es sey freylich eine Thorheit gewesen, daß er da gestanden, und das Maul aufgesperrt habe.

Es ist auch allerdings richtig, daß niemand deswegen, weil er thörichter Weise bey schlechter Witterung und bey Nacht auf der Straße stehen geblieben, um sich umzusehen, mit dem Tode bestraft werden könne; aber gewiß ist es doch, daß ein Mensch, welcher sonst mit Absicht zu handeln pflegte, sich sehr verdächtig macht, wenn er mehr dergleichen absichtslose Handlungen vornimmt, welche nur, wenn man ein Verbrechen voraussetzt, erklärt werden können.

Noch mehr aber wird seine Abwesenheit außer dem Hause zur Zeit des Mordes dadurch verdächtig, daß er, als ihm die Frage vorgelegt wurde:

> ob er nicht an dem Abend des erfolgten Mordes, ehe noch die That im Dorfe bekannt geworden, in dem Kahlhardtschen Hause oder in der Nähe desselben gewesen sey?

lange Zeit nachgedacht und stille geschwiegen hat, ehe er seine vorherige Aussage bestätigte.

Auf der andern Seite gewinnt es zwar das Ansehen, als ob ihm besonders der Umstand zu statten komme, daß er zu der Zeit, als bey der Schenke Lerm entstand, sich schon wieder zu Hause eingefunden hatte; allein, wenn man erwägt, wie viel Zeit verlohren ging, ehe die Ludwigin ihren Ehemann weckte, ehe der Ludwigsche Knecht abgesendet wurde und bey der Schenke ankam, und ehe die Kahl-

hardtsche Aufwärterin herbeygeholt wurde; wenn man ferner bedenkt, daß der eigentliche Lerm im Dorfe erst entstand, als Rudloff nach dem Ludwigschen Knechte, und nachdem der Tobias Kahlhardt in das Haus des Entleibten zum Fenster hineingeleuchtet hatte, in der Schenke eintraf, und

Mordio!

schrie: so läßt es sich auch leicht erklären, wie Inquisit Zeit genug gewinnen konnte, um sich nach vollendetem Morde auf dem in der Zeichnung bemerkten Wege durch die Kahlhardtsche Hofthüre über den gemeinschaftlichen Ziehbrunnen zwischen dem Kahlhardtschen und Jungschen Hause durch das Jungsche Grundstück auf den Fahrweg, und von da über den Steig und den Lampertschen Garten und die Zaunlücke nach Hause zu begeben, ohne daß er inzwischen von jemanden hätte bemerkt werden können.

Auch mangelte es ihm unter diesen Umständen nicht an Zeit und an Gelegenheit, sich besonders auf dem Lampertschen Grundstücke von den Spuren des Mordes zu reinigen, und die besudelten Kleidungsstücke mit andern zu vertauschen.

Sein Vorgeben, daß er schon bey dem ersten Pochen an der Schenkthür zu Hause gewesen sey, stimmt mit den Aussagen seiner Ehefrau und seiner Magd, Elisabeth Catharine Breithaupt, nicht überein, und obgleich auch nach ihrer Aussage immer noch ein Zweifel übrig bleibt, ob nicht der Inquisit schon bey der Ankunft des Ludwigschen Knechts in der Schenke zu Hause gewesen sey, so kann doch auch mit dieser Voraussetzung die Vermuthung, daß Inquisit der Mörder gewesen sey, bestehen, weil schon dadurch viel Zeit verlohren ging, daß die Ludwigen erst ihren Mann weckte, ehe sie ihren

Knecht

Knecht nach der Schenke schickte. Gewiß aber ist es, daß das bloße Pochen an der Schenke, wo mehrere Personen des Nachts eintrafen, nichts Auffallendes seyn konnte, und daß daher das erste die Nachbaren beunruhigende Getöse erst dann entstehen konnte, da Rudloff in und bey derselben Lerm machte.

Nimmt man alles, was bisher, die Abwesenheit des Inquisiten zur Zeit des Mordes betreffend, vorgekommen ist, zusammen: so ergeben sich daraus nachstehende Folgerungen:

a) es ist möglich, daß Inquisit der Mörder gewesen seyn könne;

b) es entsteht die Vermuthung, daß er es gewesen sey, weil der angegebene Grund seiner Abwesenheit unwahrscheinlich ist;

c) diese Vermuthung wird durch den Besuch am vorhergehenden Freytage, durch die Verschweigung desselben, und durch die Aeußerung des Entleibten darüber, verstärkt.

2) Die Wahrscheinlichkeit, daß er der Mörder sey, ward verstärkt, als man das miteingeschickte kleine Beil in seiner Behausung vorfand, und es sich ergab, daß es an einem Orte gelegen habe, wo Inquisit es beym Weggehen leicht ergreifen, und bey der Zurückkunft unbemerkt ablegen konnte. Eben so geschickt war es, weil es klein war, verborgen gehalten zu werden, damit der Kahlhardt kein Bedenken tragen konnte, seinen Mörder einzulassen.

Daß dieses Beil eben das Instrument sey, welches bey der Ermordung des Kahlhardts gebraucht worden, wird aus den daran befindlichen Spuren von Blut wahrscheinlich; denn daß dieses Beil zum Schlachten nicht gebraucht worden sey, sondern nur zum Holzhauen, wird nicht nur von

Haus-

Hausgenossen und dem Arbeitsmann Kolbe behauptet, sondern auch von dem Inquisiten selbst zugegeben.

Diesem scheint zwar die Aussage des George Michael Breethagt entgegen zu stehen, als nach welchem auch der Saft des Erlenholzes ähnliche Flecken hervorbringt; allein der Anblick selbst, besonders in Vergleichung mit dem miteingesandten Stück Holze, welches ebenfalls mit jungem Erlenholze gerieben wurde, giebt den Unterschied zwischen diesen und den Blutflecken zu erkennen, und besonders würden sich die daran sichtbaren kleinen Tropfen schwerlich erklären lassen, wenn man keine Blutstropfen voraussetzen könnte.

Ueberdies hat die medicinische Facultät zu Jena eben dieses kleine Beil für dasjenige Werkzeug anerkannt, aus welchem sich die Halswunde am besten erklären lasse.

Es stehen jedoch diesen Anzeigen folgende Umstände entgegen.

Erstlich betrachtet die gedachte Facultät den Inquisiten als einen Menschen, welcher im Hauen geübt sey; es ergiebt sich aber aus dem von den Herzogl. Sächs. Dragoner-Regimentsgerichten eingesandten Atteste, daß die Dragoner während der Illhardtschen Dienstzeit im Hiebe nicht geübt worden. Weil jedoch nicht anzunehmen ist, daß die oftmals gedachte Facultät auf die Uebung im Hauen, als auf eine nothwendige Bedingung, Rücksicht genommen habe, und die Wirkung des Beils hauptsächlich aus dem senkrechten Gebrauch desselben gegen den schon an der Erde liegenden Kahlhardt erklärt werden kann: so ist dieser Umstand nicht so beträchtlich, daß dadurch das vorgedachte Gutachten entkräftet werden sollte.

Zweytens: Bedenklicher scheint der Umstand zu seyn, daß die Schnitte an der innern Hand des Entleibten ein anderes Werkzeug vorauszusetzen scheinen; allein da die vielen Kopfwunden, welche vermuthlich ebenfalls mit dem Beile zugefügt worden, sattsam zeigen, daß der Entleibte mehrere Hiebe damit erhalten hat, und das Beil selbst sehr scharf ist, so kann man mit gleichem Rechte annehmen, daß der Entleibte mit beiden Händen und zu wiederholten Malen nach dem Beile gegriffen, und dadurch die Verletzungen an der Hand erhalten habe.

Drittens ꝛc. *)

Aber was es auch mit diesem Beile für eine Beschaffenheit habe, so läßt sich doch aus der jetzigen Beschaffenheit desselben mit Zuverlässigkeit wenig schließen, da der Mord sich schon am 30sten März 1796. ereignet hatte, das Beil aber erst am 18ten, oder wenn man das eingesandte Beil für ein von dem zuerst entdeckten verschiedenes hält, erst am 21sten April desselben Jahres dem Gericht überliefert worden, und in der Zwischenzeit von dem Kolbe, welcher eben dieses Beil gebraucht hatte, das Blut an demselben nicht war bemerkt worden.

Dagegen wächst die Wahrscheinlichkeit, daß mit diesem Beile der Mord vollbracht worden, durch den in der Behausung des Ermordeten gefundenen Nagel, und Inquisit selbst gestehet, daß, ob er gleich vormals dagegen, daß dieser Nagel in den Beilstiel passe, und darin gesteckt habe, verschiedene Zweifel gemacht, er doch dermalen davon abgehe.

Es

*) Diese Stelle ist weggeblieben, weil sie sich auf ein Mißverständniß gründet, welches zwar dem Inquisiten vortheilhaft war, auf welches aber wenig ankömmt, wie sich aus der darauf folgenden Stelle ergiebt.

Es ist jedoch hier von einem Umstande die Rede, welcher nicht eigentlich der Gegenstand eines Bekenntnisses seyn kann; denn dieser Umstand ist an und für sich selbst betrachtet kein Factum des Inquisiten, und es kommt hierbey nicht auf seine, sondern des Richters Ueberzeugung an. Diese wird nun zwar theils durch den Augenschein, theils durch die Aussagen des Handwerks der Zimmerleute, Rosenbaum und Helmbach, geleitet, aber doch nicht über allen Zweifel erhoben, weil, so wahrscheinlich es auch ist, daß bey den starken Schlägen mit dem Beile ein zu Befestigung des Eisens im Stiel dienender Nagel herausgesprungen sey, und so wenig es auch bezweifelt werden kann, daß dieser Nagel ganz vorzüglich in die Stelle passe, wo er vermuthlich gesessen hat, so lassen sich doch mehrere Nägel von eben dieser Beschaffenheit denken, und es ist überdies noch zweifelhaft, ob eben dieser Nagel nicht durch einen andern Zufall an den Ort, wo er gefunden worden, gekommen sey.

Denn eben dieser Nagel wurde erst am 27sten Jun. 1796, und also ungefähr 3 Monate nach dem Morde, vor Gericht gebracht; und es erhellet daher nicht mit rechtlicher Gewißheit, daß eben dieser Nagel zur Zeit des Mordes daselbst befindlich gewesen sey. Gewiß ist es aber, daß nur wenig Nägel an diese Stelle paßten, und daß der Johann Andreas Aghte, welcher den Nagel überbrachte, keine Gelegenheit gehabt hatte, vorher mehrere Nägel in das Beil zu stecken, um zu versuchen, welcher sich am besten dazu schickte.

Daraus entsteht allerdings keine geringe Vermuthung, daß dieser Nagel zu dem Beile gehöre. Aber durch alle diese Umstände wird doch keine Gewißheit, daß mit eben diesem Beile der Mord verrichtet

richtet worden, gewirkt, und wenn auch dieses als erwiesen angenommen werden könnte, so würde dennoch daraus noch keine Ueberzeugung entspringen, daß es der Inquisit gewesen sey, welcher sich des Beils auf diese Weise bedient habe. Denn das Beil gehörte nicht ihm selbst. Es lag zum Gebrauch Mehrerer nicht weit von der Hausthüre; es erhellet nicht, daß es eben zu der Zeit, als Inquisit ausgegangen war, gefehlet habe, und es würde daher nur eine bloße Möglichkeit, daß er von diesem Beile zur Ermordung des Kahlhardts Gebrauch gemacht habe, erwiesen seyn, wenn er nicht unter den übrigen Hausgenossen eben derjenige wäre, welchen aus andern Gründen der Verdacht des Verbrechens trifft.

Ob nun also gleich die in der

Peinl. G. O. art. 33.

aufgeführte Anzeige des Mordes hier nicht vorhanden ist: so gehört doch das in des Inquisiten Behausung vorgefundene blutige Beil unter die Verdachts-Gründe, welche dem Inquisiten entgegenstehen. Dringender würde dieser Verdacht werden, wenn an dem Inquisiten Merkmale des Bluts wären bemerkt worden, oder wenn es erhellete, daß er sich davon gereiniget habe.

Daher verdient 3) sein Benehmen nach dem Morde eine nähere Prüfung.

Wenn man nicht, wozu man aber keinen Grund hat, voraussetzt, daß seine Hausgenossen, wo nicht an seinem Verbrechen, doch an der Verheimlichung desselben, Theil genommen haben, so muß man auch annehmen, daß sein Betragen nach dem angeblichen Möhlischen Besuche unverdächtig war. Daß er außer Athem gewesen wäre, bemerkte

merkte man nicht, Spuren des Bluts noch weniger, und nirgends fand sich ein Bestreben, Spuren des Bluts auszutilgen, oder zu verstecken. Er zog den Rock aus, und hing ihn offen hin. Allenfalls könnte seine anfängliche Gleichgültigkeit bey dem Lärm auf der Straße Bedenken erregen; aber das Benehmen der Menschen bey solchen Vorfällen ist zu ungleich, als daß man daraus etwas mit Sicherheit schließen könnte, zumal wenn dergleichen Personen zu der Zeit, da sich der Vorfall ereignet, nicht von Psychologen beobachtet werden, sondern von gemeinen Landleuten, und zwar unter solchen Umständen, wo sie keinen Grund haben, eine Beziehung der Person auf den Vorfall vorauszusetzen.

Verdächtiger ist sein nachheriges Benehmen in dem Hause des Erschlagenen und bey seiner Zurückkunft. Er war nämlich nebst seinem Schwiegervater nach dem Hause des Erschlagenen gegangen, als sich der Ruf von seiner Ermordung in dem Dorfe verbreitete; niemand aber will ihn daselbst in der Stube bemerkt haben, und darauf wird die Vermuthung gegründet, daß er als Mörder den Anblick des Entleibten gescheuet habe.

Es ist freylich bey seiner Lebensart nicht zu vermuthen, daß er zu weichherzig gewesen sey, um sich der Leiche eines in seinem Blute todt da liegenden Menschen zu nähern, und es ist zu vermuthen, daß die Neugierde den Abscheu vor einem solchen Anblick überwunden haben würde, wenn nicht andere Gründe dazu vorhanden gewesen wären.

Aber es ist unmöglich, den Grad der Neugier und den Grad des Abscheues in seinem Gemüthe gegen einander abzuwägen, und die daher genommene Vermuthung würde, an sich betrachtet,

unter

unter die entferntesten gehören. Mehr Gewicht erhält sie dadurch, daß Inquisit behauptet, unter denen gewesen zu seyn, welche auf der Leiter zum Fenster eingestiegen waren, daß er aber hierin die Aussagen aller übrigen wider sich hat.

Denn diese solchemnach für unwahr anzunehmende Behauptung läßt sich anders nicht erklären, als wenn man das Bestreben voraussetzt, nicht nur seine frühe Ankunft bey dem Hause des Entleibten anzuzeigen, sondern auch die innere Empfindung zu verbergen, welche ihn abgehalten hatte, sich der Leiche des Ermordeten zu nähern; aber auch diese Vermuthung gehört zu den entfernteren. Verdächtiger hat er sich dadurch gemacht, daß er sich nicht sogleich vom Kahlhardtschen Hause nach der Schenke verfügte, wohin die Einwohner des Orts durch den Schulzen zur Besichtigung waren beschieden worden, sondern erst zu Hause kam, und mit dem Lichte in die Kammer und von da in die Küche zum Brunneneimer ging, und daß er anfangs diesen Umstand ganz ableugnen, und demselben andere erdichtete Umstände substituiren wollte. Zuletzt wurde er jedoch soweit gebracht, daß er bey dem 249sten Artikel antwortete:

> er gebe zu, daß, als seine Frau hinter ihm her in die neben der Kammer befindliche Küche gekommen, er das Hangelicht in das Küchenfenster gestellt gehabt, und bey dem daselbst befindlichen Brunneneimer gestanden habe.

Auch hierbey macht ihn weniger das Gehen zum Brunneneimer selbst, als das anfängliche Ableugnen desselben und die Erzählung so vieler falsch befundener Umstände verdächtig. Denn am nöthigsten war wol die Austilgung der blutigen Spuren, ehe er sich seinen Hausgenossen und nachher den

übrigen Menschen in und bey dem Hause des Ermordeten zeigte. Vermuthlich hatte er sich schon vor der Nachhausekunft vom Blute gereinigt. Möglich ist es jedoch, daß er dadurch nur die gröbsten Spuren weggewischt, und in der Folge noch einige gefunden habe, welche er vor der Besichtigung vollends austilgen wollte.

Vorzüglich drückt ihn der Verdacht, welcher daraus entsprungen ist, daß er sich eben an dem Tage entfernte, da der Entleibte begraben wurde. Er drückt sich darüber bey dem 278sten Artikel so aus:

> er sey schon am damaligen Sonntag zu Hause geblieben, um dem Begräbniß beyzuwohnen; da es aber an dem darauf folgenden Montag noch nicht gewiß gewesen, daß Kahlhardt damals begraben werden sollen, sey er, Illhardt, nach Wingleben und weiter in Lotteriegeschäfften gegangen. Hätte er gewußt oder erfahren, daß an jenem Tage Kahlhardt beerdiget werden sollen, so wäre er zu Hause geblieben; denn so dringend wären seine damaligen auswärtigen Geschäffte nicht gewesen, daß sie sich nicht hätten einen Tag auf oder ab aufschieben lassen; auch sey er in den folgenden Tagen, so viel er sich erinnere, ebenfalls abwechselnd abwesend gewesen.

Daß er allein von diesem Begräbnisse nichts gewußt haben solle, ist nicht nur unwahrscheinlich, sondern widerlegt sich auch durch die Aussage der Breithauptin.

Dieses Ausbleiben war um so wichtiger, da der Schulze Ehrhardt von Seiten des Gerichts besonders war angewiesen worden, bey der Beerdigung des Entseelten sorgfältig Beobachtungen an-

zu-

zustellen, ob sich einer oder der andere durch Worte oder Geberden, oder durch sein Benehmen, im geringsten verdächtig mache.

Zu allen diesen Anzeigen kommt auch die, daß Inquisit, welcher sonst, nach der Aussage der ganzen Gemeine, ein gesprächiger Mann gewesen, dennoch bey Gelegenheit, wo von der Ermordung des Kahlhardts die Rede gewesen, still geschwiegen habe. Indessen versichert doch seine Ehefrau, daß er eben nicht gewohnt gewesen sey, Neuigkeiten zu erzählen; und er selbst drückt sich darüber bey dem Artikel 275. folgendergestalt aus:

> bey lustigen Gesellschaften sey er immer sehr lustig, munter und gesprächig gewesen, bey traurigen Vorfällen aber nicht; denn da sey jedesmal sein Herz traurig gewesen, und habe er nicht viel Wesens gemacht, und wenig gesprochen.

In der That ist es sehr schwer, aus dem bloßen Stillschweigen bey solchen Gelegenheiten etwas mit Sicherheit zu schließen.

Es läßt sich sehr wohl denken, daß seine ehemalige Gesprächigkeit durch seine bedrängte Lage unterdrückt worden, oder auch, daß er, weil ihm der Verdacht, den man auf ihn geworfen hatte, vielleicht bekannt geworden war, absichtlich vermied, sich in ein unangenehmes Gespräch zu verwickeln, ob es gleich freylich ungleich wahrscheinlicher ist, daß er, wenn ihn nicht die Beklemmung seines Gewissens zurückgehalten hätte, auch in diesem Falle eher gesprochen, als geschwiegen haben würde.

Das Verdächtigste ist das Stillschweigen, welches er bey der Nachhausekunft aus dem Hause des Erschlagenen gegen seine Ehefrau über diesen Vorfall beobachtete; aber auch dieser Verdacht ver-

mindert sich, wenn man die Aussage der letzteren erwägt, zufolge welcher sie schon vorher alles erfahren, und also nicht nöthig hatte, ihren Ehemann darüber zu befragen.

Bedenklich bleibt es indessen immer, daß er durchgehends ein solches Stillschweigen beobachtet hat, und es werden also dadurch die übrigen widrigen Vermuthungen verstärkt.

4) Noch mehr aber macht ihn sein Benehmen gegen den Richter verdächtig. Denn ob er gleich bey verschiedenen Gelegenheiten eine große Gleichgültigkeit gezeigt, und seine Gegenwart des Geistes selbst bey der unerwarteten Vorzeigung des blutigen Beils nicht verändert hat: so hat er doch durch die hinter einander abwechselnden falschen Erzählungen und durch sein langes Nachdenken bey Fragen, die er, wenn er aufrichtig zu Werke gehn wollte, sogleich beantworten konnte, einen großen Verdacht gegen sich erregt, welcher noch überdieses von der Beschaffenheit ist, daß er ihn nicht ohne seine Schuld drückt, und dessen für ihn nachtheilige Folgen er sich also selbst zugezogen hat.

5) So gewiß es aber auch ist, daß keine einzige der bisher erwähnten Anzeigen sich einem halben Beweise nähere, so sehr unterstützen sie doch einander wechselseitig, wenn man sie nicht nur in Verbindung unter sich selbst, sondern auch mit dem Ganzen aller Umstände denkt, welche das Corpus delicti ausmachen, und damit in Verbindung stehen.

Alle Umstände vereinigen sich, ihn als denjenigen darzustellen, von dem allein man die That erwarten konnte. Bekanntschaft, Bedürfniß, Stärke, Beyhändigkeit des Werkzeugs, Lage des

Orts,

Orts, Ausgang zur selbigen Zeit, und Verheimlichung vieler Umstände, deren nähere Erforschung Licht über die Sache verbreiten könnte; alles dieses trifft zusammen, um den Inquisiten als den Thäter darzustellen.

Aber es ist auch gewiß, daß viele Umstände noch so in der Dunkelheit liegen, daß sie sich auch durch die Voraussetzung, Inquisit sey der Mörder gewesen, nicht vollkommen aufklären lassen. Man begreift nicht, mit welcher Wahrscheinlichkeit Inquisit habe den Vorsatz fassen können, den Entleibten, welcher sein Vermögen verborgen hielt, zu berauben, und noch unerklärlicher ist es, wie Inquisit sich in so kurzer Zeit von den Spuren des Mordes habe reinigen können.

Es ist möglich, daß er sich entkleidet, oder irgend ein Kleidungsstück, welches seinen Hausgenossen unbekannt gewesen ist, besessen, und nachher weggeworfen hat; aber man hat keine Gründe, dieses mit einiger Wahrscheinlichkeit anzunehmen, da alles, was ein solcher Mensch an Kleidungsstücken besitzt, allgemein bekannt zu seyn pflegt.

Es ist sehr wahrscheinlich, daß das, was er nach seiner Zuhausekunft aus dem Hause des Ermordeten that, auf die Verbergung der Anzeigen gegen ihn Beziehung hatte, und wenn es auch nur in der Reinigung des Beils von den gröbsten Spuren des Bluts, oder in ähnlichen Anstalten bestanden hätte; aber worin diese Anstalten eigentlich bestanden haben, erhellet nicht, würde aber vielleicht entdeckt worden seyn, wenn die, welchen die Hausvisitation oblag, das Haus des Schulzen, in welchem der Inquisit als Schwiegersohn wohnte, nicht verschonet hätten.

Bey dieser Lage der Umstände müssen sogar dem, welcher keine juristische Strenge des Beweises fordert, darüber, ob Inquisit wirklich der Mörder sey, mancherley Bedenklichkeiten einfallen, obgleich niemand daran zweifeln wird, daß er ein Mensch sey, gegen welchen das gemeine Wesen sich in Sicherheit setzen müsse, und welcher durch seine eigene Schuld den Staat in diese Nothwendigkeit versetzt hat.

So sehr auch jemand von der Nützlichkeit der peinlichen Frage überzeugt seyn mag, und so wenig er übrigens Bedenken trägt, sich dieses Mittels zu Erforschung der Wahrheit zu bedienen, wenn es besonders durch neue Landesgesetze genehmiget ist, so muß er doch im gegenwärtigen Falle gerechten Anstand nehmen, von diesem Mittel Gebrauch zu machen.

Denn in Ansehung des Diebstahls bedarf es desselben nicht, weil bey demselben keine einzige Thatsache verborgen geblieben ist, welche durch eine nähere Erkundigung aufgeklärt werden müßte. Inquisit hat keinen erheblichen Umstand geleugnet; des Bekenntnisses aber, daß er eine Absicht gehabt habe, welche aus den Umständen klar erhellet, bedarf es nicht, und es läßt sich daher auch nicht erwarten, daß man auf diesem Wege eine Thatsache erfahren werde, die kein Unschuldiger also hätte wissen und aussagen können.

Mehr Nutzen verspricht die peinliche Frage in Ansehung des Mordes. Aber offenbar mangeln die in der peinlichen Gerichtsordnung aufgeführten gemeinen und besondern Anzeigen, und alle Verdachtsgründe sind so beschaffen, daß sie weder ein-

zeln

zeln noch zusammengenommen einem halben Beweise der Missethat gleichgeachtet werden könnten.

Wenn man aber auch den Verdachtsgründen ein solches Gewicht beylegen wollte, so würde es dennoch bedenklich seyn, die peinliche Frage gegen den Inquisiten zur Anwendung zu bringen.

Denn eben deswegen, weil er ein gefährlicher Mensch ist, ist es bedenklich, ihn auf die Folter zu bringen. Allem Anschein nach würde er die Marter überstehen, und wäre dies geschehen, so wäre alsdann die längere Aufbewahrung desselben mit den Regeln der Gerechtigkeit unvereinbar.

Nur alsdann läßt sich die Folter, welche jedoch in aller Rücksicht ein sehr bedenkliches Erforschungsmittel ist, einigermaßen rechtfertigen, wenn sie die Erkennung einer außerordentlichen Strafe, welche nicht weniger bedenklich ist, entbehrlich machte. Wird man aber dennoch genöthiget, den Inquisiten in Verwahrung zu behalten, so ist die Folter eine überflüssige und eben deswegen ungerechte Marter. Hierzu kommt aber noch, daß die gegen den Inquisiten streitenden Verdachtsgründe vorzüglich daraus entspringen, daß man noch keinen andern gefunden hat, welchen ein gleicher Verdacht träfe.

Allein dieser letztere Verdachtsgrund verlieret viel von seinem Gewicht, wenn man erwägt, daß er auf der Unwissenheit von dem, was wirklich geschehen ist, beruhet, und daß er sogleich hinwegfällt, als man eine andere verdächtige Person findet.

Nun ist es aber in der That bedenklich, daß seit der Zeit, daß Inquisit sich in Arrest befindet, mehrere Verbrechen in Ballstedt vorgefallen sind,

welche ebenfalls eine Bekanntschaft mit der Lage des Orts und der darin befindlichen Häuser voraussetzen, und daß eben deswegen der Verdacht auf verschiedene Einwohner gefallen ist.

Es ist daher nicht unwahrscheinlich, daß in einiger Zeit der wahre Mörder noch entdeckt werden wird. Auch ist es leicht möglich, daß Inquisit selbst während seiner Verhaftung, entweder aus unbedachtem Muth, oder aus Schuldgefühl, Umstände entdeckt, wodurch er der That überführt werden kann. Es ist daher nichts zweckmäßiger, als daß man während der Zeit, daß er sich des Diebstahls wegen in Verhaft befindet, die theils schon in den Acten liegenden, theils noch in der Folge sich ergebenden Spuren des Verbrechens weiter verfolgt, besonders aber ihn selbst beobachten läßt, und ihn beym Ablauf der Strafzeit, oder auch vorher, wenn es nöthig befunden wird, nochmals vernimmt.

Denn so groß auch die Sorgfalt des inquirirenden Richters gewesen ist, alle nur einigermaßen erheblichen Umstände zu untersuchen, und so wenig ihm also dabey eine Nachlässigkeit zur Last gelegt werden kann, so ist es doch nicht unmöglich, in der Folge nähere Nachrichten einzuziehen. Vielleicht kann man auch von seinen militairischen Vorgesetzten annoch neue Umstände, welche sich auf seinen bisherigen Lebenswandel beziehen, in Erfahrung bringen, wie denn auch sein häusliches Leben noch näher erforscht, sein Verhalten gegen seine Ehefrau, und das Betragen der Familie und der übrigen Hausgenossen gegen ihn, noch näher geprüft werden kann.

Haben

Haben sich bey dieser inzwischen fortgesetzten Untersuchung die Verdachtsgründe gegen ihn nicht gemindert, so hat er es seinem bisherigen Lebenswandel und seinem mehrmaligen Lügen vor Gericht zuzuschreiben, daß er noch ferner als eine verdächtige, dem Staate gefährliche Person gefangen gehalten wird, und es wird ihm hinlängliche Gelegenheit verschafft, seine Unschuld noch künftig auszuführen, wenn jährlich ein Bericht über sein bisheriges Verhalten abgestattet, und die weitere Bestimmung höchster landesherrlicher Beurtheilung überlassen wird.

Es scheint zwar, als ob dadurch der obrigkeitlichen Willkühr ein zu weiter Wirkungskreis verstattet werde; aber dies Bedenken verschwindet, wenn man erwägt, daß er durch seine Schuld in diesen Zustand gerathen ist.

Da sich auch sein künftiges Schicksal nicht sowohl nach seiner vorhergehenden Verschuldung, als nach seiner darauf folgenden Aufführung und nach der davon zu erwartenden Sicherheit oder Unsicherheit des gemeinen Wesens bestimmen muß: so bedarf es dabey in der Folge keiner richterlichen Beurtheilung, welche nur nöthig war, um zu bestimmen, ob er durch seine Schuld einen Verdacht veranlaßt habe, welcher das gemeine Wesen zu solchen Maaßregeln berechtiget.

Uebrigens kann wol der Umstand, daß auf solche Weise die obrigkeitlichen Bemühungen vervielfältiget, und die Untersuchungen ohne Ende fortgesetzt werden, keinen rechtlichen Grund abgeben, diejenigen Maaßregeln zu hindern, ohne welche es nicht möglich ist, auf gleiche Weise für die Sicherheit des Staats, und derer, welche in eine peinliche Untersuchung gerathen sind, zu sorgen.

Gewiß ist es, daß die Freylassung gefährlicher Personen die Bemühungen des Richters nicht mindert, sondern vermehrt, weil diese dadurch Veranlassung erhalten, neue Verbrechen zu begehen. Eben so gewiß ist es auch, daß die Obrigkeit nicht auf die Gefahr, einen Unschuldigen hinzurichten, zur Abkürzung ihrer Arbeit durchgreifen dürfe.

So nöthig es aber auch unter diesen Umständen war, das vorige Erkenntniß abzuändern, so kann doch darüber kein Zweifel seyn, daß Inquisit durch seine Schuld in die gegenwärtige Untersuchung gerathen ist, und auch so weit, als sein Vermögen dazu hinreicht, die Kosten der Untersuchung übernehmen muß.

Dies sind die Gründe, durch welche wir so, wie im Urtheile geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XX.

Ueber das richtige Kennzeichen einer Schenkung von Todes wegen.

Nach Berlenburg.

Auf erhobene Appellation, derselben Rechtfertigung, dagegen vorgeschützte Ausflüchte und ferneres rechtliches Einbringen in Sachen des Reidmeisters Christian Lutters auf dem alten Mühlenhammer, für sich und in Vormundschaft des unmündigen Kindes seines verstorbenen Bruders, Johann Peter Lutters, Beklagten, nun Appellanten, an einem, wider Johann Kauert auf dem Forst, in gesetzlicher Vormundschaft seiner unmündigen Tochter Wilhelminen, Klägers, nun Appellaten, am andern Theile;

Daß, wenn Appellant zuvörderst, wie er solches binnen vier Wochen annoch zu thun schuldig, mittelst Ueberreichung seines Tutorii, seine Person als Vormund über seines verstorbenen Bruders Johann Peter Lutters hinterbliebenes Kind sowohl, als seinen Sachwald mittelst eines gesetzmäßigen Actorii und Vollmacht, zu diesen Acten legitimiret, und dadurch der bereits ergangenen Verordnung genüget haben wird, die an uns erhobene Appellation nicht nur in ihren Formalien für richtig, und die Sache zur weitern Erörterung an uns für erwachsen zu achten, sondern auch, die Sache selbst betreffend, nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen soviel zu befinden, daß Appellant dem Appellaten, Namens dessen Tochter, den derselben

selben von Johann Friedrich Lutter geschenkten Mühlen-Antheil abzuliefern, auch wegen nach besagten Lutters Ableben des Appellatens Tochter entzogenen Benutzung dieses Mühlenantheils mit Appellaten gütlich abzufinden, nicht verbunden; vielmehr ist Appellant von der wider ihn erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, sonach Appellatens erhobene Klage als unstatthaft zu verwerfen; dagegen es in Ansehung der übrigen Puncte, der erhobenen Appellation ungeachtet, bey dem am 22 Dec. 1790. eröffneten Urtheile verbleibe. Die in dieser Appellation aufgelaufene Kosten werden billig gegen einander aufgehoben. Von Rechts wegen.

Entscheidungsgründe.

In Ansehung der Sache selbst sind beide Theile einig, daß der verstorbene Johann Friedrich Lutter zu der Zeit, als er die Schenkung vom 11 März 1785. in Gegenwart sieben dazu erbetener Zeugen errichtete, und in welcher er seinen Antheil an der Hähner-Mahlmühle der Tochter des Appellaten zum Andenken schenkte, gefährlich krank war, daß er von eben dieser Krankheit wieder genesen, daß er bey wiedererlangter Gesundheit das über dieses Geschäffte gefertigte, auf sein Verlangen bis zu seinem Tode zur Verwahrung gerichtlich hintergelegte schriftliche Instrument nicht nur wieder zurückforderte, sondern auch seinen, des Appellaten unmündiger Tochter, die er aus der Taufe gehoben, geschenkten Mühlenantheil mit Vorwissen des Appellaten vertauschet habe, und daß sich also dieser geschenkte Mühlenantheil in der auf den Appellanten vererbfälleten Verlassenschaft des Schenkgebers zur Zeit seines Absterbens nicht mehr befunden habe.

Und

Und eben so einverstanden sind beide Theile darüber, daß das Geschäfft, welches den gegenwärtigen Rechtsstreit veranlasset hat, eine Schenkung sey, und daß die Entscheidung dieses Rechtshandels einzig und allein davon abhange, ob die Schenkung des Mühlenantheils, welchen der verstorbene Erblasser Johann Friedrich Lutter der unmündigen Tochter des Appellaten, seiner Pathen, zum Andenken vom 11 März 1785. verehret hat, für eine unwiderrufliche Schenkung unter den Lebenden, oder für eine widerrufliche von Todes wegen zu halten sey?

Wenn der Appellat mit den Verfassern des angefochtenen Erkenntnisses vom 22 Dec. 1790. diese Schenkung für eine Schenkung unter den Lebenden und für unwiderruflich hält, so scheinet ihm zu statten zu kommen:

1) daß er Namens seiner Tochter die ihr von dem Schenkgeber zum Andenken gemachte Verehrung acceptiret, eine solche Acceptation aber bey einer Donatione mortis causa nicht erforderlich ist, weil solche den Gesetzen nach als ein Legatum zu betrachten ist,

L. fin. C. de don. c. mort.

welches daher

2) eine Acceptation des Beschenkten nicht verlange, mithin, wenn der Beschenkte die Schenkgabe, wie hier, acceptiret habe, das Geschäfft in einen Vertrag ausarte, der, wenigstens der Regel nach, der Widerruflichkeit nicht unterworfen ist;

L. 35. §. 5. C. de don.

dahero

3) die hier zum Grunde liegende Schenkung um so mehr für eine Schenkung unter den Lebenden zu achten, als eines Theils der Schenkgeber in Ansehung dieser Schenkung den casum suae mortis

nicht

nicht beygefüget, vielmehr die Disposition schlechterdings und ohne Meldung des Todes des donatoris eingerichtet, diesemnach ihr die Erfordernisse einer Schenkung unter den lebenden gegeben;

Wernher P. I. obs. 35.
Leyser spec. 438. med. 1.

andern Theils am Ende der über diesen Vorgang verabfaßten, vom Schenkgeber und sämmtlichen Zeugen unterschriebenen Urkunde buchstäblich enthalten, daß die darin beschriebene Willensmeinung des Erblassers der Appellanten, als eine Schenkung unter den lebendigen, oder von Todes wegen, oder als ein Codicill, oder wie sie sonst auf die rechtsbeständigste Art genannt werden könne, angesehen werden solle; daher

L. fin. C. de donat.

4) nach der Meinung bewährter Rechtslehrer, vermöge der in zweifelhaften Fällen nicht sowohl eine Schenkung von Todeswegen, als vielmehr eine Schenkung unter den lebenden zu vermuthen,

Stryk Us. mod. Pand. lib. 39. tit. 6. §. 2.
Carpz. Part. 2. Const. 12. Def. 24.

im vorliegenden Falle um so mehr eine unwiderrufliche Schenkung unter den lebenden anzunehmen, da sie als ein Pathengeschenk anzusehen, und eine speciem donationis necessariae bilde,

Leyser spec. 434. med. 2. et 3.

aus welcher mithin

5) des Appellaten Tochter ein Recht erlanget, das ihr weder durch die einseitige Willensänderung des Schenkgebers genommen,

L. fin. C. de revoc. donat.

noch durch die nachherige Vertauschung entzogen werden könne.

Denn

Denn da zur Rechtsbeständigkeit einer Schenkung unter den Lebenden die Uebergabe der geschenkten Sache an den Schenknehmer nicht erforderlich ist,

L. 35. §. 5. C. de donat.

sondern solche nur zur Erlangung des dinglichen Rechts an der geschenkten Sache erfordert werde, welches der Schenkgeber dem Schenknehmer zugedacht, folglich, so lange die wirkliche Uebergabe der geschenkten Sache nicht erfolget ist, der Schenknehmer ein bloßes persönliches Recht gegen den Schenkgeber und dessen Erben erlange; so bliebe der Appellant aus dieser Schenkung der Tochter des Appellaten personaliter um so mehr annoch verhaftet, als der Schenkgeber den geschenkten Mühlen-Antheil bey seinen Lebzeiten der Schenknehmerin nicht tradiret, sie auch in die Vertauschung nicht gewilliget, und die Einwilligung des Appellaten zu ihrem Nachtheile für eine stillschweigende mutuo dissenlu bewirkte Aufhebung dieser Schenkung unter den Lebenden eben so wenig angenommen, als dasjenige hier angewendet werden könne, was sonst wol die Gesetze von einer durch willkührliche Veräußerung einer legirten Sache bewirkten stillschweigenden, vielleicht auf eine Schenkung von Todes wegen anwendbaren Ademtion verordnen.

Allein alle diese Gründe verlieren das Gewicht, welches sie einzeln oder auch in Verbindung untereinander zu haben scheinen, wenn man erwägt, daß

ad 1) eine Schenkung von Todes wegen, ihrer rechtlichen Wirkung nach, zwar den einseitigen letztwilligen Dispositionen beygezählet werden müsse, in Ansehung der Form aber zu den wechselseitigen Willenserklärungen gehöre; mithin, da alle Schen-

kungen,

kungen, sie mögen widerrufliche oder unwiderrufliche seyn, zu ihrer rechtsbeständigen Form die Acceptation des Schenknehmers erfordern, und so lange diese nicht erfolget ist, keine einzige Art von Schenkung zu ihrer Vollkommenheit gediehen ist,

L. 2. §. 6. D. de donat.
L. 21. C. de admin. tut.
Joh. Schilter in prax. jur. rom. exerc. 43. §. 24.
Leyser spec. 433. med. 8.
Gundling in gundling. Part. 29. obs. 2. 3. 4.

die geschehene Acceptation des Schenknehmers kein richtiges Unterscheidungszeichen einer unwiderruflichen Schenkung unter den lebenden gewähret;

ad 2) jede wahre Schenkung von Todes wegen eine wohlgegründete Ausnahme von der Regel, nach welcher alle Verträge, wohin diese Art Schenkungen wirklich gehöret, für unwiderruflich zu achten, und dem Schenkgeber von den Gesetzen ein unbedingtes Recht, sie zu allen Zeiten nach seinen Launen zu widerrufen, beygeleget ist;

L. 1. et 2. Inst. de donat.
L. 2. L. 29. D. de mort. ca. don.

daher

ad 3) bey jeder Schenkung die Absicht des Schenkgebers, und ob er durch die Acceptation seiner Willenserklärung sich unwiderruflich seines an die geschenkte Sache habenden Rechts zum Besten des Schenknehmers habe begeben wollen, oder nicht? das alleinige wahre Unterscheidungszeichen an die Hand giebt, wodurch eine Schenkung von Todes wegen von der Schenkung unter den lebenden zu unterscheiden, und folglich es auf diese Absicht hier alles jetzt ankommt.

Nun erfordert es zwar schon die gesunde Vernunft, daß der Schenkgeber hierüber bey der Erich-

richtung der Schenkung seine Willensmeinung deutlich erklären müsse; allein die bürgerlichen Gesetze verlangen keinesweges, daß er sich hierüber ausdrücklich und mit Worten erkläre. Sie achten auch dazu eine stillschweigende Aeußerung nicht nur für zulänglich,

Leyser spec. 438. med. 2.

sondern sie bestimmen ausdrücklich, daß, wenn jemand ex cogitatione instantis periculi mortis suae zur Schenkung veranlaßt worden, der beschehenen Acceptation des Schenknehmers ohngeachtet, sie so lange für eine willkührlich widerrufliche geachtet werden solle,

L. 2. sq. D. de don. mort. ca.

als er sich des Reuungsrechts nicht in einem ausdrücklich geschlossenen Nebenvertrage begeben, und darauf Verzicht gethan hat.

L. 27. D. eod.
Joh. Schilter loc. cit. §. 25.

Dadurch wird nun das Schenkungsgeschäfft, aus welchem Appellat seinen Anspruch herleitet, auf eine unverkennbare Weise als eine Schenkung von Todes wegen bezeichnet. Denn

a) sind die streitenden Parteyen, wie bereits erwähnet, einig, daß der verstorbene Erblasser dieses Geschäfft zu einer Zeit vorgenommen, wo er mit einer Krankheit befallen war, die ihn nicht nur einen nahen Tod vermuthen ließ, sondern auch die Vermuthung begründet, daß er sich ex cogitatione instantis mortis zu dem entschloß, was er vornahm. Mortis enim causa donatio est, et cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis, et si quis periculo motus non sic dat,

ut ſtatim faciat accipientis, ſed tunc demum, cum mors fuerit ſubſecuta,

L. 2. D. de mort. ca. don.

et mortis cauſa donamus non tantum *infirmae valetudinis cauſa*, ſed periculi etiam *propinquae mortis*,

L. 3. 4. et 5. D. eod.

ac donationem mortis cauſa omne inſtans periculum mortis donatoris demonſtrat.

L. 6. D. eod.

Erkläret ſodann

b) der Schenkgeber in der Urkunde ausdrücklich, daß ſeine Schweſter Charlotte, auf den Fall, daß der Allerhöchſte ihn aus dieſer Zeitlichkeit in die frohe Ewigkeit verſetzen ſollte, von ſeiner alsdannigen Nachlaſſenſchaft nicht nur mit den benannten Stücken remuneratorie beſchenkt ſeyn ſollte, ſondern er auch ſich auf vorgedachten Fall ſeiner Pathen und Goden erinnert hätte, als ſchenke er erſtlich ſeines ältern Bruders Chriſtian Lutters Söhnchen, zweytens ſeines verſtorbenen Bruders nachgelaſſenem Töchterchen, und drittens, weil er auch dem Herrn Johannes Kauert auf dem Forſt ein Töchterchen, Namens Wilhelmine, aus der heil. Taufe gehoben hätte, derſelben. Hier hat alſo

c) der Schenkgeber ausdrücklich generaliter erkläret, ſowohl ſe donare velle et infirmae valetudinis cauſa et periculi propinquae ac inſtantis mortis, als auch ſe ita donare velle periculo mortis commotum non ſic, ut ſtatim faciat accipientium; ſed tunc demum, cum mors fuerit ſubſecuta; darum enunciirt er

d) in

d) in perpetua et cohaerente oratione die hier beschriebene vierfache Schenkung, die darum an ihrer Qualität nichts verlieret, daß der Schenkgeber mit der causa expressa generali ad donandum commovente in Ansehung der einzelnen Schenknehmer noch causas speciales verbindet, dergleichen bey seiner Schwester gratitudinis, und in Ansehung der Tochter des Appellaten patrini pietatis significatio ist.

Diese so deutlichen Kennzeichen der hier eintretenden Schenkung von Todes wegen werden durch die am Schlusse der Schenkungsurkunde vorkommende clausula codicillaris

e) nicht nur nicht verdrängt, sondern vielmehr bestätiget.

Bekannt ist es einestheils, daß die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Instrumentsclauseln nach der Natur des Hauptgeschäffts beurtheilt,

Just. Claproth jurispr. heurem. Sect. I. cap. 5. §. 38. p. 51.

nicht aber anderntheils dieses nach jenen bestimmet werden müsse, und daß drittentheils die clausula codicillaris bey einseitigen letztwilligen Dispositionen, nicht aber bey contractibus inter vivos stattfinden könne.

Henr. Chr. de Senckenberg de claus. codicill. inefficacia. Goett. 1738.

Jo. Bapt. Andr. Lochlein specim. jur. civil. de odio claus. codicill. Wurceb. 1750.

Es ist daher die Sache so angethan, daß man bey der Bestimmung der Art der vorliegenden Schenkung

ad 4) nicht nöthig hat, seine Zuflucht zu Vermuthungen zu nehmen, welche aber, wenn es ja

geschehen müßte, dennoch nicht für eine Schenkung unter den Lebenden ausfallen könnten.

Denn die unter den Zweifelsgründen unter diesem Absatze angeführte Meinung kann, da sie einestheils von einem Gesetz nicht unterstützt wird, als eine bloße Privatmeinung keinen Entscheidungsgrund gewähren,

Just. Henn. Boehmer introd. in jus Digest. lib. I. tit. 3. §. 22.

wenn sie auch, wie sie es doch nicht ist, eine gemeine wäre; anderntheils ist sie der Rechtsähnlichkeit zuwider.

Bey dunkeln contractibus gratuitis, dergleichen jede Schenkung ist, muß in zweifelhaften Fällen die Erklärung wider den Erwerbenwollenden gemacht werden,

Just. Henn. Boehmer in exercit. ad Pand. Tom. II. exerc. 30. §. 22. p. 386.

und kann nur das Gewöhnliche vermuthet werden.

L. 25. D. de probat.

Bey einer so ansehnlichen Schenkung aber, als die ist, welche der Erblasser der Appellanten im Jahr 1785. auf seinem Krankenbette machte, würde es nicht der gewöhnlichen Denkungsart eines Menschen entsprechen, wenn man annehmen wollte, daß er darunter eine Schenkung unter den Lebenden habe machen wollen. Aus dieser Schenkung von Todeswegen konnte daher

ad 5) die Tochter des Appellaten kein unwiderrufliches Recht erlangen, und wenn der schenkende Erblasser seine Schenkung zurückzunehmen für gut befand, bedurfte es weder der Einwilligung der Schenknehmerin, noch einer rechtlichen Widerrufsursach, indem

L. fin. C. de revoc. don.

blos

blos auf Schenkungen unter den Lebenden gehet. Eben so bekannt ist es aber auch, daß die bloße Erwerbhoffnung, welche die Schenkung von Todes wegen dem Schenknehmer giebt, gegen den Erben des Schenkgebers keine Klage begründet, wenn die Donatio mortis causa facta entweder ob revocationem donatoris, oder quia mors non subsecuta est, ihre Kraft verlieret.

Da nun jede Schenkung von Todes wegen in Ansehung ihrer Wirkung einem Vermächtnisse gleichgeachtet wird, ein legatum aber schon alsdann pro tacite ademto geachtet wird, wenn der Legans nullo jure cogente rem legatam veräußert;

§. 12. Inst. de legat.
L. 11. §. 12. D. de legat. 3.
L. 18. D. de adem. l. transf. legat.

so kann, da Appellat nicht in Abrede stellen können, daß der Erblasser und Schenkgeber ohne alle Zwangsverbindlichkeit den des Appellaten Tochter geschenkten Mühlenantheil bey seinen Lebzeiten noch vertauschet und veräußert hat, nicht anders vermuthet werden, als daß solches animo revocandi donationem geschehen, bevorab der Schenker in der Schenkungsurkunde ausdrücklich erkläret, daß seine Schenknehmere von seiner alsdannigen Nachlassenschaft die geschenkten Stücke erhalten sollen.

Es ist aber hiernächst die vorliegende Schenkung von Todes wegen eine solche Art derselben, zu deren Entkräftung es nicht einmal eines Widerrufs des Schenkgebers bedurfte. Die Krankheit, an welcher der Schenkgeber zur Zeit der Errichtung dieser Schenkung geständlich niederlag, und ihn seinen Tod befürchten ließ, bestimmte ihn zu diesem Geschäffte.

UNIVERSITÄTS-BIBLIOTHEK

Nun

Nun verordnen aber die Gesetze, ut, si quis periculo motus non sic dat, ut statim fiat accipientis, sed tunc demum cum mors fuerit insecuta, die ganze Schenkung superato et depulso periculo ipso jure ihre Kraft verlieret.

§. 1. Inst. de donat.
L. 2. L. 35. §. 3. 4. D. de donat. m. c.
Sim. van Leewen cens. for. Part. I. lib. 4. cap. 12. no. 24. in fin.

Nun stimmen aber beide Theile darin überein, daß der Schenkgeber von der Krankheit, an welcher er 1785. niederlag, völlig genesen ist. Diese Wiederherstellung seiner Gesundheit entkräftete daher diese ganze Schenkung dergestalt, daß es eines besondern Widerrufs derselben nicht bedurfte. Und da es widerrechtlich seyn würde, durch Eröffnung eines unnützen Beweises Gelegenheit zur Verlängerung eines Rechtsstreits zu geben, so hat auch dem Appellaten nicht einmal der von ihm anerbotene Beweis, daß der Erblasser der Appellanten die seiner Tochter 1785. gemachte Schenkung nicht habe widerrufen wollen, nachgelassen werden können.

Aus vorstehenden Gründen sind wir daher überall so, wie im Urtheil geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

XXX (5 Bde) I.89

VI 9a

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Klein, Ernst Ferdinand, 1743-1810 / Klein, Ernst Ferdinand, / Klein, Ernst Ferdinand

Merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät

Bd.: 3

Berlin ; Stettin (1798)

Decis. 66-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396968-6
VD18 90118081